FRAGEN DES GLÄUBIGERSCHUTZES IN DEN NEUORDNUNGEN DER GMBH IM DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN RECHT

Inauguraldissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von
Hendirk Ernaelsteen

aus Haina

1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547204_0018

FRAGEN DES GLÄUBIGERSCHUTZES IN DEN NEUORDNUNGEN DER GMBH IM DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN RECHT

Inauguraldissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von
Hendirk Ernaelsteen

aus Haina

Meiner Mutter und meiner Frau

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Harry Westermann
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Bernard Großfeld
Dekan: Prof. Dr. Bernhard Kupisch

Tag der mündl. Prüfung: 26. Mai 1975

Druck und Einband: Rudolf Stehle GmbH & Co KG - Düsseldorf

Inhaltsübersicht Seite

1. Kapitel	Einleitung - Allgemeine Grundsätze	1
§ 1	Grund und Ziel der Untersuchung	1
I.	Das neue Recht der GmbH in Deutschland	1
II.	Der Vergleich mit dem französischen Recht	5
a)	Die Verwandschaft der Gesellschaftsformen	5
b)	Die Reform des Gesellschaftsrechts von 1966 ...	7
§ 2	Grundlagen des Gläubigerschutzes in der GmbH ..	8
I.	Der schlechte Ruf der GmbH	8
a)	Die Insolvenzziffern	8
b)	Die Missbrauchsanfälligkeit der GmbH	9
II.	Die Mittel des Gläubigerschutzes	1o
a)	Gläubigerschutz mittels des Kapitals	11
b)	Gläubigerschutz jenseits des Kapitalbereichs ..	13
III.	Die tatsächliche Gestalt der GmbH	16
a)	Die Vielgestaltigkeit der GmbH im Rechtsleben .	16
b)	Bedeutung und vorherrschende Gestaltung	17
2. Kapitel:	Gläubigerschutz im Kapitalbereich	19
§ 1	Die Aufbringung des Stammkapitals	19
I.	Das Problem des Mindeststammkapitals	19
a)	Die Diskussion im Referentenentwurf	19
b)	Die französische Lösung	22
c)	Mindeststammkapital und Einzahlung im Regierungsentwurf	25
II.	Die Behandlung der Sacheinlagen	28
a)	Die Schwächen des geltenden Rechts	29
b)	Die Sachgründung im französischen Recht	31
1)	Die Prüfung der Sacheinlagen	32
2)	Die Folgen einer Überbewertung	34
3)	Die Probleme der Nachgründung	37

Seite

c)	Die Sachgründung in der deutschen Reform	38
1)	Analyse der Vorschriften des Regierungsentwurfs	38
2)	Kritische Beurteilung der Sachgründung in der Reform	4o
aa)	Fragen der Gründungsprüfung	41
bb)	Die Rolle des Registergerichts	43
cc)	Fragen der Deckungshaftung	46
dd)	Fragen der Nachgründung	49
d)	Zusammenfassung	49
§ 2	Probleme der Kapitalerhaltung	51
I.	Vorbeugender Schutz durch Publizität	52
II.	Gläubigerschutz durch Vermögensbindung	54
a)	Die Vermögensbindung im französischen Recht ...	54
aa)	Der Umfang der Vermögensbindung	54
bb)	Der Rückerstattungsanspruch	56
b)	Die Regelung der deutschen Reform	58
aa)	Der Umfang der Vermögensbildung	58
bb)	Folgen der unerlaubten Gewinnausschüttung	59
III.	Zusammenfassung	59
	Zusammenfassung der Kapitels 2	62
3. Kapitel	Massnahmen zum Gläubigerschutz gegen die Unterkapitalisierung: Das Problem der Gesellschafterdarlehen	63
§ 1	Rechtsprechung und Schrifttum im geltenden Recht	66
I.	Gesellschafterdarlehen in der Rechtsprechung...	66
a)	Das Reichsgericht	66
b)	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	67
II.	Die Stellungnahmen im Schrifttum	68
a)	Die subjektive Lehre	68
b)	Die objektive Missbrauchstheorie	7o

Seite

§ 2 Die Reformvorstellungen des Referentenentwurfs 71

I. Analyse des Textes und Darstellung des Grundgedankens 72

a) Textanalyse 72

1) Die Grundregel des § 47 Abs. 1 72

2) Beispiele für kapitalersetzende Darlehen 73

3) Umgehungstatbestände 74

b) Ansatzpunkt der Norm 75

II. Kritik an § 47 RefE 77

a) Das objektive Kriterium 77

b) Die Wertneutralität der Gesellschafterdarlehen 81

c) Die Umgehungstatbestände 84

III. Zusammenfassung 86

§ 3 Die Konkursausfallhaftung des französischen Rechts 88

I. Die Freiheit der Gewährung von Gesellschafterdarlehen 89

II. Die Regelung der Konkursausfallhaftung 93

a) Voraussetzungen der Haftung 94

b) Der betroffene Personenkreis 95

c) Die Rolle des Gerichts 98

III. Zusammenfassung 98

§ 4 Die Behandlung der Gesellschafterdarlehen im Regierungsentwurf 101

I. Der neue Text im Regierungsentwurf 102

II. Beurteilung der Änderungen 103

Zusammenfassung des Kapitels 3 108

Ergebnis der Untersuchung 109

Verzeichnis der weniger gebräuchlichen Abkürzungen

art.	article - Artikel
Begr.	Begründung
BR	Bundesrat
Bull.civ.III	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation Chambre commerciale. Jahr der Entscheidung. Nr.
Cass.	Cour de cassation
C.civ.	Code civil
C.com.	Code de Commerce
Ch.réunies	Chambres réunies de la Cour de cassation
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Chr.	Chronique
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D	Recueil Dalloz. Jahr, Teil, Seite
DB	Der Betrieb
Dcr	Recueil critique Dalloz. Jahr, Teil, Seite
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Dp.	Recueil périodique Dalloz. Jahr, Teil, Seite
Drs.	Drucksache
éd.	édition = Ausgabe
FF.	Französische Franken
Fasc.	fascicule
FN	Fussnote
Erl.	Erläuterungen
G	Gesetz
Gaz.Pal.	La Gazette du Palais. Jahrgang, Semester, Seite
J Cl S^{tés}	Juris Classeur des Sociétés. Fascicule, Nummer
JCP	Le Juris Classeur périodique - La semaine juridique. Jahrgang, Teil, Nummer
JO	Journal Officiel
JO AN	Journal Officiel. Débats de l'Assemblée Nationale
JO Sénat	Journal Officiel. Débats du Sénat

Journ.Soc. (J.soc.)	Journal des sociétés. Jahrgang, Seite
KVStG	Kapitalverkehrssteuergesetz
RefE	Referentenentwurf eines Gesetzes über GmbH
RegE	Regierungsentwurf eines Gesetzes über GmbH
Rev.soc.	Revue des sociétés. Jahrgang, Seite
Rdz.	Randziffer
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RTDCiv.	Revue trimestrielle de Droit civil. Jahrgang, Seite
RTDCom.	Revue trimestrielle de Droit commercial. Jahrgang, Seite
S.	Recueil Sirey. Jahrgang, Teil, Seite
SARL	Société á responsabilité limitée (= GmbH)
Som.	Sommaires de jurisprudence
Trib.com.	Tribunal de commerce

Die allein mit dem Ortsnamen bezeichneten Entscheidungen französischer Gerichte sind Entscheidungen einer Cour d'appel (Berufungsgericht). Paris 27.11.1964 bedeutet also: Entscheidung der Cour d'appel Paris v. 27.11.1o64.

Schrifttumsverzeichnis

I. Französisches Recht

Argenson, Toujas, Dutheil	Réglement judiciaire et liquidation des biens. 4e éd. Paris 1969
Blaise	L'apport en société. Paris 1955
Bourel	L'obligation aux passif social des dirigeants de SA et de SA et de SARL en cas d'insuffisance d'actif. RTDCom 196o, 785
Carbonnier	Droit Civil. Bd. I, Vol. 1, 8e éd. Paris 1969; Bd. II, 5e éd. Paris 1967
Centre Montpellierain du droit de l'entreprise	La protection des tiers dans le droit des sociétés. RTDCom 1971, 29
Champaud	Le pouvoir de concentration de la société anonyme. Diss. Paris 1965
ders.	Anmerkungen in RTDCom 1967, 173, 788; 1968, 81
Code Civil	Petits Codes Dalloz, Ausg. 1969/7o
Code de Commerce	Petits Codes Dalloz, Ausg. 197o/71
Cosson	Les industriels de la fraude fiscale. Paris 1971
Delaisi - Gain	La SARL. 8e éd. Paris 1954
J. Escarra-E. Escarra Rault	Traité théorique et pratique de Droit Commercial, Bd. I Paris 195o
Guyenot	Le groupement d'interêt économique Paris 1968
ders.	Anmerkung in Rev.Soc. 1971, 183
ders.	La vocation européenne des GIE comme instruments de coopération d'enterprises dans le Marché Commun. Pal. 28.7.1971
Hamel-Lagarde	Traité de Droit commercial. Bd. I, Les Sociétés. Paris 1954
Hamiaut	La réforme des sociétés commerciales, 3 Bde u. Nachtrag. Paris 1966 ff.

Honorat	Anmerkung in D 1969, 484
Houin	La grande illusion des SARL. Annales de Droit et de Sciences Politiques XVII (1957), 121
ders.	Permanence de l'entreprise à travers la faillite. Festschrift Frédéricq, Bd. II, 609. Gent 1969
Houin-Rodière	Droit Commercial, Bd. I 6e éd. Paris 1970
Houpin-Bosvieux	Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, et des associations. 7e é. Paris 1936/37
de Juglart-Ippolito	Cours de Droit commercial. Paris 1968 Bd. II, Les sociétés Bd. III, Règlement judiciare et liquidation des biens
Juris-Classeur des Sociétés	Paris, Loseblattausgabe in mehreren Bänden.
Lamberg-Faivre	L'entreprise et ses formes juridiques. RTDCom. 1968, 907
Legeais	L'ectension de la faillite sociale. RTDCom. 1957, 289
Mabilat, Hémard, Terré	Les 10e et 11e réformes du droit des sociétés commerciales. Rev. Soc. 1969, 9
dies.	La 12e réforme de sociétés commerciales. Rev. Soc. 1970, 197
dies.	La 13e réforme des sociétés commerciales. Rev. Soc. 1971, 267
Marty-Raynaud	Droit Civil. 2 Bde. Paris 1956/62
Mazeaud, H., L., J.	Lecons de Droit civil. Bd. II, Les obligations v. de Junglart. Paris 1969
Mazeaud, H., L., - A.Tunc	Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. 3 Bde., Paris 1957 ff.

Michoud	La théorie de la personnalité morale et son application au droit francais. Paris 1924
Nguyen-Xuan-Chan	Le régime des nullités dans la réforme des sociétés commerciales. D 1968, Chr. 27
Pic-Baratin	Des SARL. 2e éd. Paris 1929 u. Nachträge 1933, 1937
Pic-Kréher	Traité des sociétés. Bd. I Paris 1940
Plaisant	Le principe de la fixité du capital social et la notion de bénéfice. J. Soc. 1946, 333
Planiol-Ripert	Traité pratique de Droit civil francais. 13 Bde, 4e éd. Paris 1948 ff. Bd. XI von Lepargneur u.a.
Radouant	Anmerkung in Dp 1939, 2. 81
Ripert	Aspects juridiques du capitalisme moderne. Paris 1946.
Ripert-Roblot	Traité élémentaire de Droit commercial. Bd. I, 5e éd. Paris 1963
Rives	Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales, RTDCom 1969, 407
Rodière	Droit commercial. Bd. II, 5e éd. Paris 1970
ders.	Faillites. Etudes dirigées par R. Rodière. Paris 1969
Rotondi	La limitation de la responsabilité dans l'entreprise individuelle. RTDCom 1968, 1
Rousseau, J.	Traité des SARL. Paris 1952, Nachtrag 1958
Sinay, H.	Action paulienne et responsabilité à la lumière de la jurisprudence récente. RTDCiv 1948, 183
de Sola-Canizares	Etude sur l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. RTDCom 1948, 376

Solal	Les nouveaux concepts introduits dans le droit des faillites. RTDCom 1969, 719
Terré	Ramarques sur l'augmentation de capital par incorporation de créances. In Dix ans de conférences d'agrégation, 195. Paris 1961
Veaux	La responsabilité personelle de dirigeants dans les sociétés commerciales. Diss. Rennes 1946, Paris 1947
ders.	La responsabilité personelle dans les sociétés commerciales et la notion juridique d'entreprise. J.Soc. 1947, 213
Vidal	Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais, Paris 1957

II. Deutsches Recht

Albach	Zur Finanzierung von Kapitalgesellschaften durch ihre Gesellschafter ZgStW 1962 653
Ballerstedt	Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften. Tübingen 1949
ders.	75 Jahre GmbH, GmbHR 1967, 66
ders.	Besprechung in ZHR 128, 121
Barz	Die Reform des GmbH-Rechts, GmbHR 1963, 124
ders.	Kapitalfragen im RefE eines GmbHG In GmbH-Reform, Bd. Homburg v.d.H. 197o
Bastian-Hefermehl	Jura Europae, Gesellschaftsrecht. Loseblattausg. München-Paris
Battes	Die Überbewertung von Sacheinlagen im in- und ausländischen GmbH-Recht und in der englischen private-company Köln 1966
ders.	Sacheinlagen und Sachgründung im RefE eines GmbHG. GmbHR 1969, 253
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch. 19.Aufl. München 1971
Baumbach-Hueck	Aktiengesetz, 13. Aufl. München 1968
dies.	GmbH-Gesetz, 13. Aufl. München 197o
Beitzke	Besprechung in JZ 1956, 4o
Boesebeck	Anmerkung in DR 1939, 436
Brodmann	GmbHG, Kommentar, Berlin 1924
Centrale für GmbH	1. - 4. Stellungnahme zum RefE eines GmbHG, Köln 1969 - 1971
Conze	Abgrenzung zwischen steuerfreien und steuerpflichtigen Gesellschafterdarlehen. BB 1971, 513
Deutler	BB 1969, 386
Deutscher Industrie- und Handelstag	Gefahr für die GmbH, Bonn 1969

Deutsche Gesellschaft für Betriebswirtschaft	Stellungnahme zum RefE DB 1969, 455
Doehring	Zur Insolvenzsituation in deutschen Unternehmen, KTS 1966, 1o
Drobnig	Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt/M. 1958
Eder	Rechtsvergleichende Gedanken zur GmbH-Reform, GmbHR 1966, 135
Erlinghagen	Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, GmbHR 1962, 169
Erman	Handkommentar zum BGB, 2. Bde, 4. Auflage, Münster 1967
ders.	Zur Frage der Haftung der Hintermänner überschuldeter Gesellschaften. KTS 1959, 129
Esser	Schuldrecht. Ein Lehrbuch, Bd. I, 3. Auflage, Karlsruhe 1968
Fabricius	Das Stammkapital der GmbH. Zur Frage seiner Rechtfertigung und zur Rechtfertigung seiner Höhe, GmbHR 197o, 137
ders.	Sicherung der Aufbringung des Stammkapitals im Recht der GmbH, GmbHR 197o, 193
Fassbender	Gründung der Publizität bei einer Reform der GmbH. Diss. Köln 1961
Ferid	Das französische Zivilrecht. 2. Bde, Frankfurt/M. 1971
Fessler	Die Behandlung der Gesellschafterdarlehen in den GmbH-Rechten der EWG. Diss. Bonn 197o
Fischer, R.	Anmerkung zu LM 1 zu § 5 GmbHG
ders.	Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem. Festschrift für W. Schmidt, 117. Berlin 1959
Forster	Rechnungslegung und Publizität im RefE eines neuen GmbHG. In GmbH-Reform, Bad Homburg v.d.H. 197o

Fraenkel	Die GmbH, Tübingen 1915
Freese	Haftungsprobleme bei der Einmann-GmbH, NJW 1966, 283
Gessler	Probleme der GmbH-Rechtsreform GmbHR 1966, 1o9
ders.	Die Reform des GmbH-Rechts, BB 1969, 59o
ders.	in Steuerkongress-Report 197o, München 197o
ders.	Grundfragen der GmbH-Reform, BB 1971, 665
Gravenstein-Houin	Übersetzung des französischen Gesetzes über Handelsgesellschaften
Goerdeler	Die Bestimmungen über den Jahresabschluss. In Probleme der GmbH-Reform, Köln 197o
Hachenburg, u.a.	Grosskommentar zum GmbHG, 2. Bde. Berlin 1956, 1959
Hallstein	Die GmbH in den Auslandsrechten. RabelsZ 12 (1938/39), 341
Hofmann	Zum "Durchgriffs"-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 1966, 1941
ders.	Zum RefE eines GmbHG. Die AG 1969, 337
Hueck, A.	Gesellschaftsrecht, 14. Auflage, München 1968
Immenga	Die personalistische Kapitalgesellschaft. Bad Homburg v.d.H., 197o
ders.	Konkursanfechtung und Gesellschafterdarlehen, GmbHR 197o, 258
Kalbe	Herrschaft und Haftung bei juristischen Personen, Diss. Heidelberg 1965
Kamm	Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften, Düsseldorf 197o
Kamprad	Gesellschafterdarlehen an die GmbH als verdeckte Stammeinlagen, Köln 1968

Kamprad	Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in dem RefE eines GmbHG, GmbHR 1969, 168
Kuhn	Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964
Kühn	Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH, Diss. Münster 1969
ders.	Gläubigerschutz bei der überschuldeten GmbH, NJW 1970, 589
Limbach	Theorie und Wirklichkeit der GmbH, Berlin 1966
ders.	Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit, GmbHR 1967, 71
ders.	Der RefE eines neuen GmbHG und die Rechtswirklichkeit. In GmbH-Reform, Bad Homburg v.d.H. 1970
Luckan-Schacht	Gläubigerschutz, Publizität und Haftung, DB 1970, 1449
Lutter	Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964
ders.	Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft. In Probleme der GmbH-Reform, Köln 1970
Maul	Die durch die Sachlage gebotene Kapitalzuführung, BB 1969, 307
Mertens	Die Verfassung der GmbH. In Probleme der GmbH-Reform, Köln 1970
Messmer	Die durch die Sachlage gebotene Kapitalzuführung, BB 1970, 1957
Möhring	Besprechung in NJW 1956, 1791
Müller-Freienfels	Die Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156, 522
Neflin	Schutz des gutgläubigen Verkehrs vor einem schädigenden Verhalten der hinter einer Kapitalgesellschaft stehenden Kräfte, GmbHR 1963, 41
Palandt	Kurzkommentar zum BGB, 30.Auflage, München 1971

Pleyer	Zur Haftung des Gesellschafters einer unterkapitalisierten Strohmann-GmbH, GmbHR 1963, 206
Raiser, L.	Rechtsschutz und Institutionenschutz. In Summum ius, summa iniuria, 145. Tübingen 1963
ders.	Vertragsfreiheit heute, JZ 1958
Referentenentwurf	eines Gesetzes über GmbH, Köln 1969
Regierungsentwurf	eines Gesetzes über GmbH, BR-Drucksache Nr. 595/71, Bonn 1971
Rehbinder, E.	Konzernaussenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg v.d.H. 1969
ders.	Die GmbH als Konzernunternehmen. In GmbHreform, Bad Homburg v.d.H. 1970
Reinhardt	Gedanken zum Identitätsproblem bei Einmanngesellschaften, Festschrift für Lehmann, Bd. II, S. 576, Berlin 1956
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Berlin 1950 ff.
Rittner	Rechnungslegung und Publizität. In Probleme der GmbH-Reform, Köln 1970
Schmidt, H.M.	GmbH und AG, GmbHR 1969, 195
Schönle	Die Haftung des GmbH-Gesellschafters für mangelhafte Sacheinlagen, NJW 1965, 2133
Scholz	Kommentar zum GmbHG, 4. Auflange, Köln 1960 und Nachtrag 1964
Schupp	JR 1964, 408
Serick	Rechtsform und Realität juristischer Personen, Tübingen 1955
ders.	Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen, Karlsruhe 1959
Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, 10. Auflage, Stuttgart 1968

Sonnenberger	Die Darlehen des GmbH-Gesellschafters als Mittel der Gesellschaftsfinanzierung, NJW 1969, 2033
Statistisches Jahrbuch	1970, 1971
Steindorff	Besprechung in ZHR 132, 280
Teichmann	Rechte der Einzelnen und Befugnisse der Minderheit. In GmbH-Reform, Bad Homburg v.d.H. 1970
ders.	Zur Reform der GmbH, JZ 1970, 133
Ulmer	Die Gründung der GmbH. In Probleme der GmbH-Reform, Köln 1970
Westermann, H.	Die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens. In Steuer und Recht. Herne 1959
ders.	Sachenrecht, 5. Auflage , 1966
Westermann, H.P.	Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin 1970
ders.	Gläubigerschutz bei der Neuordnung der GmbH, Tübingen 1971
Wiedemann	Sacheinlagen in der GmbH, Festschrift für Hirsch, S. 257, Berlin 1968
ders.	Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH. In Wiedemann-Bör-Dabin, Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Frankfurt/M. 1968
Wiethölter	Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der RefE eines GmbHG. In Probleme der GmbH-Reform, Köln 1970
Winkler	Die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH, BB 1969, 1202
Winter	Übersicht über die Umfrage der Centrale für GmbH, GmbHR 1969, 119
Wolany	Rechte und Pflichten des Gesellschafters in der GmbH, Köln 1964
ders.	Besprechung in ZHR 129, 337
Wüst	Gläubigerschutz in der GmbH, Mainz 1966

1. Kapitel - Einleitung - Allgemeine Grundsätze

§ 1: Grund und Ziel der Untersuchung

I. Das neue Recht der GmbH in Deutschland

Im April 1969 erschien nach längerer Vorbereitung der Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mbH, dem im November 1971 der Regierungsentwurf folgte.[1] Die Reform des bald achtzigjährigen GmbHG ist damit in die entscheidende Phase eingetreten, an seine Stelle wird demnächst ein erheblich erweitertes Gesetz treten, das an die Stelle der 84 Paragraphen des GmbHG von 1892 3oo Paragraphen setzen wird.

Die Reform erschien dem Gesetzgeber unumgänglich, da durch das alte GmbHG eine solche Fülle von Fragen aufgeworfen worden sei, dass es nicht mehr der Rechtsprechung überlassen werden könne, sie zu lösen.[2] Auch die Reform des Aktiengesetzes von 1965 sei ein Anstoss gewesen, besonders auf den Gebieten der Rechnungslegung, der Publizität und des Rechts der verbundenen Unternehmen der GmbH ein neues Gewand zu geben.[3]

Die Reform, so wollen es die Entwürfe, soll dabei keineswegs die in der Vergangenheit festgestellten Vorzüge der GmbH antasten. Jedoch sollen die inzwischen aufgeworfenen Lücken geschlossen werden und

---

1) Referentenentwurf eines Gesetzes über GmbH, Köln 1969, im folgenden RefE; Regierungsentwurf eines Gesetzes über GmbH, BR Drs. 595/71, im folgenden RegE.

2) Begr. zum RegE, S. 81

3) Begr. zum RegE, S. 81

die Streitfragen beantwortet werden.[4] Dabei liegt das Schwergewicht, soweit die Reform das Aussenverhältnis der GmbH betrifft, auf der Verbesserung des Gläubigerschutzes. Gerade hier seien so viele Missbräuche festgestellt worden, dass auf eine Intervention seitens des Gesetzgebers nicht mehr verzichtet werden könne.[5] Die bestehenden Regeln haben sich nach Meinung des RegE insofern als unzureichend erwiesen, als den Missbräuchen nicht mehr habe begegnet werden können, und zwar ebensowenig bei der Gründung wie im späteren Leben der Gesellschaft.[6]

Leider geben die Entwürfe keinerlei Auskunft über die tatsächlich festgestellten Missbräuche, wie auch im allgemeinen die Reform auf keine, selbst bescheidene Rechtstatsachenforschung zurückgreift.[7] Die Erläuterungen zum RefE und die Begründung zum RegE begnügen sich mit allgemeinen Hinweisen auf "festgestellte Missbräuche", so dass die jeweiligen Gründe für die Neuregelungen nur ungenau festgestellt werden können.

Dagegen sind sich die Entwürfe der grundlegenden Problematik des Gläubigerschutzes bewusst: Einerseits bedeutet die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter, dass zugunsten der Gläubiger die Errichtung einer besonders geschützten Haftungsmasse gewährleistet werden muss. Andererseits darf diese Errichtung nicht mit solchen Methoden gesichert werden, die die wünschenswerte Anpassungsfähigkeit der GmbH und die Freiheit der Gesellschafter innerhalb des Rahmens dieser Rechtsform zunichte macht.[8] Die Gefahr ist

---

4) Begr. zum RegE, S. 82
5) Begr. zum RegE, S. 81
6) Begr., S. 81
7) So auch H-P.WESTERMANN, Gläubigerschutz, S. 7.
8) Begr., S. 82 (III, 1).

nun, dass die Bemühungen um die Verbesserung des Gläubigerschutzes die Interessen der Gesellschaft ausser Acht lassen und zu einseitig die Interessen der Gläubiger überbewerten.

Die Entwürfe sind dieser Gefahr nicht immer entgangen, und gerade an diesem Punkt setzte die Kritik am RefE an: Ihm wurde der Vorwurf gemacht, unkritisch das Schlagwort des Gläubigerschutzes verwendet zu haben, wobei der Zwang zur Vermittlung zwischen den widerstreitenden Interessen vergessen worden sei.[9] Seine schematische Vorstellung vom Gläubigerschutz habe diesen zu seinem "verhätschelten Lieblingskind" gemacht[10], zwischen den Reformvorstellungen und der Rechtswirklichkeit und ihren Notwendigkeiten bestehe daher kein Bezug mehr.[11] Im Ergebnis sei zu befürchten, dass die Reform zwar nicht der Gefährdung der Gläubiger ein Ende setze - dazu seien die Lösungen nicht besonders geeignet -[12], aber wahrscheinlich den Tod der GmbH zur Folge haben werde.[13]

Es ist Ziel dieser Untersuchung, im Gefolge der Kritiken und unter Berücksichtigung der Änderungen des RegE, sowie im Vergleich zu den Lösungen des neuen französischen Rechts, die Nützlichkeit der einzelnen Vorschriften des RegE zu beurteilen und dabei die Rolle des Gläubigerschutzes im neuen GmbH-Recht zu definieren. Die Untersuchung soll daher nach einem Blick auf die tatsächliche Gestaltung der GmbH und die Grundlagen, auf denen der Gläubigerschutz aufzubauen ist, den wichtigsten, durch den Gläubigerschutz motivierten Änderungen der Reform nachgehen.

---

9) H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 8.

10) WIETHÖLTER? Probleme, S. 15.

11) LIMBACH, GmbH-Reform, S. 1 ff.

12) WIETHÖLTER, a.a.O., S. 17.

13) DITH, Gefahr für die GmbH, S. 17; CENTRALE f. GmbH, 3. Stellungnahme, S. 1.

Dabei ist bewusst auf die Behandlung der Publizität verzichtet worden, soweit diese die Offenlegung der Rechnungslegung bezweckt. Zwar ist die Publizität zweifellos ein Mittel zum Gläubigerschutz. Auch hat der RefE ihr einige Vorschriften gewidmet.[14] Jedoch sind diese Vorschriften im RegE wieder entfallen, da eine europäische Lösung nicht im voraus beeinflusst werden sollte. Eine solche steht zudem bevor, so dass im Falle eines Unterschieds zwischen der nationalen und der europäischen Lösung eine Änderung des neuen Gesetzes nach nur kurzer Zeit notwendig geworden wäre.[15]

Auch auf die Behandlung der Gläubigerschutzvorschriften im neuen Bereich des Konzernrechts ist verzichtet worden. Abgesehen davon, dass der RegE sich hier weitgehend an das Recht der Aktiengesellschaft angelehnt hat, stehen die Regeln dieses Bereiches in ganz anderen Zusammenhängen als das hergebrachte Recht der GmbH. Es sei daher auf die speziellen Stellungnahmen zu diesem Teil der Reform verwiesen.[16]

Die vorliegende Untersuchung begnügt sich mithin damit, den Gläubigerschutz auf den Gebieten der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung sowie auf dem neu eingeführten Gebiet der Bekämpfung der Unterkapitalisierung zu untersuchen. Dabei sollen die entsprechenden Vorschriften des französischen Rechts in die Arbeit einbezogen werden.

---

14) §§ 152 - 154 RefE.

15) Begr., S. 81, 176; vgl. auch GLEICHMANN, Probleme, S. 171 ff.

16) Begr. zum RegE, S. 2o9 ff; Rehbinder, GmbH-Reform, S. 127; WÜRDINGER, Probleme, S. 122; CENTRALE, 4. Stellungnahme, S. 1 ff; GESSLER, BB 1971, 669.

II. Der Vergleich mit dem französischen Recht

Der Vergleich der Reform mit dem französischen Recht erscheint insofern nützlich, als einerseits die französische GmbH ihrem deutschen Vorbild immer noch recht nahe steht und ein fruchtbarer Vergleich daher möglich ist. Andererseits hat der französische Gesetzgeber erst vor kurzer Zeit sein gesamtes Gesellschaftsrecht einer umfassenden Reform unterzogen, deren Betrachtung für eine Kritik an den deutschen Entwürfen nicht uninteressant sein dürfte.

a) Die Verwandtschaft der Gesellschaftsformen

Die französische GmbH (Société à responsabilité limitée, SARL) ist 1925 unter dem Druck der ostfranzösischen Départements eingeführt worden. In Elsass-Lothringen hatte die deutsche GmbH von Anfang an grossen Erfolg gehabt, und ihre Nutzniesser wollten nach der Rückkehr zu Frankreich auf das wirtschaftlich hervorragende Instrument nicht verzichten. Daher wurde durch Gesetz vom 7.3.1925 die - dem französischen Rechtssystem angepasste und im Lichte der deutschen Erfahrungen verbesserte - GmbH geschaffen.

Auch im französischen Recht ist die GmbH Kapitalgesellschaft, die die juristische Persönlichkeit besitzt und deren Gesellschafter nur mit ihren Einlagen haften (art. 34). Der gesetzliche Grundtypus ist die personalistische Kleingesellschaft, deren Gesellschafterzahl 50 nicht übersteigen darf (art. 36). Im Gegensatz etwa zum schweizerischen Recht besteht aber keine Begrenzung der Kapitalziffer nach

---

17) ROUSSEAU, Traité, Nr. 1 ff.

oben.

Da die Übertragung der Geschäftsanteile an Aussenstehende nicht frei ist, sondern an die Zustimmung der Mitgesellschafter gebunden ist, wird die GmbH als geschlossene Gesellschaft zu bezeichnen sein (art. 45, zwingendes Recht!). Die Vertretung der Gesellschaft und die Führung ihrer Geschäfte obliegen den Geschäftsführern, die nicht Gesellschafter zu sein brauchen (art. 49 ff), jedoch haben die Gesellschafter nicht unbeträchtliche Aufsichts- und Teilnahmerechte (art. 55 ff).[18)]

Die SARL ist in Frankreich die beliebteste Form für kleine und Familienunternehmen, die die Kommanditgesellschaft praktisch bedeutungslos hat werden lassen. Ihre Verwendbarkeit ist allerdings nicht mit der ihres deutschen Vorbilds zu vergleichen: Es besteht einmal eine "geschlossene Aktiengesellschaft", deren Mindestkapital nur 100.000 Franken beträgt und die aus steuerlichen und Prestigegründen von vielen mittleren Unternehmen bevorzugt wird (art. 84 - 88). Weiterhin besteht die GmbH & Co KG in Frankreich nicht, da bei dieser Gestaltung der KG die Leiter der GmbH für deren Verbindlichkeiten haften (art. 12), die Einschaltung einer GmbH ihre Lage gegenüber der "normalen" KG also nicht verändert.
Auch die in Deutschland häufige Verwendung der GmbH für nicht erwerbswirtschaftliche Zwecke ist in Frankreich unmöglich, da die Verfolgung eines Erwerbszwecks grundsätzliches Erfordernis für die französische Handelsgesellschaft ist.[19)] Schliesslich finden

---

18) Eine Kurzdarstellung der SARL findet sich bei HOUIN-RODIERE, Bd. I, Nr. 428 ff; vgl. auch LUTTER, NJW 1967, 1153; Texte bei HOUIN-GRAVENSTEIN, Das französische Recht der Handelsgesellschaften.

19) Ch. Réunies, 11.3.1914, D 14, 1. 257;FERID, Das Französische Zivilrecht, Bd. I, Rdz. 1 D 132.

sich auch kaum noch Unternehmenszusammenschlüsse in GmbH-Form, da dafür inzwischen eine besondere Rechtsform, das Groupement d'interêt économique (GIE) geschaffen worden ist.[20)]

Die französische GmbH ist also eine kleine, personenbezogene Kapitalgesellschaft, die zwar in ihrer Struktur weitgehend ihrem deutschen Vorbild entspricht, jedoch nicht immer denselben tatsächlichen Zwecken dient.

b) Die Reform des Gesellschaftsrechts von 1966

Der Vergleich zum französischen Recht ist aber insbesondere deswegen interessant, weil im Jahre 1966 das gesamte Recht der Handelsgesellschaften in einem Sondergesetz neu gefasst worden ist.[21)] Das ehrgeizige Gesetzeswerk muss im ganzen als misslungen bezeichnet werden, was auch die unablässige Novellierung und Reformierung des Textes unterstreicht: Man ist inzwischen bei der 13. Reform der Reform angelangt. Jedoch machen die der GmbH gewidmeten Abschnitte eine Ausnahme.[22)]

Die Reform von 1966 stand jedoch unter denselben Vorzeichen wie die jetzt vorliegenden deutschen Reformentwürfe. Neben der Neuordnung des Innenverhältnisses war es das Hauptanliegen des Vaters der Reform, Justizminister Prof. FOYER, den Schutz der noch nicht in Rechtsbeziehungen zu der Gesellschaft eingetretenen

---

20) Dazu GUYENOT, Le CIE, Paris 1968; ders., Gaz. Pal. 28.7. - 3.8.1971; LEDOULX, RTDCom. 1969, 1 ff.

21) Gesetz v. 24.7.1966, in C.com. Dalloz, éd. 70/71, S. 839.

22) Vgl. HEMARD-TERRE-MABILAT, Rev. Soc. 1971, 267.

Dritten (Präventivmassnahmen) sowie die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger (Repressivmassnahmen) zu verbessern.[23] Die Gleichläufigkeit der Bemühungen sowie die Tatsache, dass die französische Reform inzwischen erprobt ist, kann daher eine Hilfe für die Beurteilung der deutschen Reformentwürfe sein.

§ 2: Grundlagen des Gläubigerschutzes in der GmbH

I. Der schlechte Ruf der GmbH

Der Gläubigerschutz ist gerade in der GmbH zu einem Problem geworden, weil diese Gesellschaftsform seit langem als besonders gläubigergefährdend gilt. Diese Meinung kann sich auf tatsächlich festgestellte Missbräuche stützen.

a) Die Insolvenzziffern

Einmal hält die GmbH seit jeher die Spitze unter allen Gesellschaftsformen, was die Ausfallziffern bei den Insolvenzen angeht. In Deutschland entfielen von insgesamt 2176 Insolvenzen von Erwerbsunternehmen in 1970 allein 583 auf GmbH. Die durchschnittliche Ausfallziffer in einem GmbH-Konkurs wird auf etwa 590.000,-- DM geschätzt.[24] Die Gefährlichkeit des Konkurses einer GmbH tritt um so mehr hervor, wenn man die Zahlen für andere Unternehmensformen berücksichtigt: Nur 473 Einzelunternehmen und 446 Personenhandelsgesellschaften erscheinen in der Konkursstatistik. Das ist um so bemerkenswerter, als die Zahl

---

23) FOYER, JO Sénat 1966, 116; Regierungsentwurf, JO AN 1965, 1660.

24) Statistische Jahrbuch 1971, S. 371; DOEHRING, KTS 1966, 10.

der Gesellschaften mbH weit unter der dieser Rechtsformen liegt.[25)]

Die für Frankreich verfügbaren Zahlen sind ähnlich. Zwar ist eine Aufschlüsselung der Insolvenzen nach Gesellschaftstypen in ganz Frankreich nicht vorgekommen. Jedoch sind die Zahlen für den Bezirk des Tribunals de la Seine (Paris) aus dem Jahre 1962 bekannt: Von 1046 eröffneten Verfahren entfielen allein 524 auf Gesellschaften mbH (= 49,3 %).[26)] Die Zahl liegt deswegen über der deutschen, weil die GmbH die bei weitem verbreitetste Gesellschaftsform ist.

b) Die Missbrauchsanfälligkeit der GmbH

Die hohen Ausfallziffern verraten eine Schwäche der GmbH, die für Missbräuche besonders anziehend ist. Einmal ermöglicht die Verbindung der beschränkten Haftung mit einem niedrigen Mindeststammkapital die Gründung von Gesellschaften, deren Kapitaldecke nicht ausreicht und die daher anderweitig finanziert werden müssen. Dabei wird nicht selten ein Unternehmen mit kurzfristigen Lieferantenkrediten oder mit Darlehen aus dem Gesellschafterkreis aufrechterhalten. Diese Methode ist besonders beim Betrieb riskanter Unternehmen mit zweifelhaften Erfolgsaussichten beliebt.[27)] Zum anderen ermöglicht die verhältnismässig einfache Gründung einer GmbH, insbesondere die Möglichkeit der Teileinzahlung, der Errichtung von ausgesprochenen "Schwindelgesellschaften", für die die Untersuchung FRAENKELS fast klassische Beispiele liefert.[28)]

---

25) Statistisches Jahrbuch, 1971, S. 172

26) Zitiert nach HOUIN, Festschr. Frédéricq, Gent 1965, Bd. II, S. 609.

27) Vgl. z.B. den Sachverhalt in RG JW 1939, 862.

28) FRAENKEL, Die GmbH, S. 52 ff.

In Frankreich wird die GmbH-Form in ähnlicher Weise missbraucht. Ihre vereinfachte Gründung in Verbindung mit der Rechtspersönlichkeit ermöglicht daneben die Umgehung von Berufsverboten, die insbesondere das Gesetz vom 3o.8.1947[28a)] als Folge von Konkursen ausspricht. Diese Verbote sollten nicht vertrauenswürdige Personen aus dem Wirtschaftsleben ausschalten. Ihre Umgehung verbindet somit die Gefährdung durch eine an sich missbrauchsanfällige Rechtsform mit der Gefährdung durch die unzuverlässige Persönlichkeit des oder der Gesellschafter.

Dieselben Faktoren machen die GmbH zu einem bevorzugten Instrument des Steuerbetruges. In verschiedenen Fällen wurde festgestellt, dass die GmbH einzig zum Zwecke der Erstellung fiktiver Rechnungen im Warenexport gegründet wurden. Dadurch kam sie rechtswidrig in den Genuss von Rückerstattungen der Mehrwertsteuer.[29)] Im Konkurs einer solchen Gesellschaft nimmt der Fiskus den anderen Gläubigern in der Regel sämtliche Möglichkeiten der Befriedigung.

Insolvenzenausfälle und Missbräuche haben der GmbH in beiden Rechtsordnungen[29a)] unschöne Beinamen und sinkende Kreditwürdigkeit eingebracht, zu deren Bekämpfung Massnahmen dringend notwendig waren.

II. Die Mittel des Gläubigerschutzes

In der GmbH, die Kapitalgesellschaft ist, verbindet

---

28 a) C. com. Dalloz, nach art. 7; HOUIN-RODIERE, a.a.O., Nr. 83

29) Typische Beispiele bei COSSON, Les industriels de la fraude fiscale.

29 a) Beispiele bei FRAENKEL, a.a.O.

sich der Gedanke des Schutzes der Gläubiger in erster Linie mit dem Gedanken der Schaffung, der Aufrechterhaltung und der Offenlegung einer gesonderten, zu der Befriedigung der Gläubiger bestimmten Zugriffsmasse.[30] Jedoch überspannt dieser allgemeine Satz zwei scharf voneinander getrennte Bereiche: Der Gläubigerschutz im Kapitalbereich trifft nicht auf dieselben Probleme wie der Gläubigerschutz jenseits des Kapitalbereichs.

a) Gläubigerschutz mittels des Kapitals

Die zur Befriedigung der Gläubiger notwendige Zugriffsmasse wird in der Kapitalgesellschaft in erster Linie durch das Stammkapital gestellt. Dieser Satz gilt für beide untersuchten Rechtsgebiete, wie auch für das kontinentaleuropäische Recht im allgemeinen.[31] Zwar sind dem Kapital auch andere Aufgaben übertragen, insbesondere die Funktion der Betriebsmittel, doch müssen diese hinter derjenigen des Schutzes der Gläubiger zurücktreten.[32]

Dass der Gläubigerschutz erste Funktion des Kapitals ist, erklärt sich aus der beschränkten Haftung. Wenn die Gesellschafter nicht die Schuldner sein können, kann nur das Vermögen der Gesellschaft die Befriedigung der Gläubiger gewährleisten. Da aber die juristische Person von ihren Teilhabern abhängig ist, muss

---

30) H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 8.

31) Hinweise auf das ganz andersartige anglo-amerikanische Recht bei WIEDEMANN, Haftung, S. 15, 19; IMMENGA, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 349 ff.

32) LUTTER, Kapital, S. 50 ff m.w.N.; PLAISANT, Journ. Soc. 1948, 333 m.w.N.

ihr Vermögen zumindest teilweise vor dem Zugriff der Gesellschafter geschützt werden. Die Isolierung eines speziellen Garantiefonds innerhalb des Vermögens der Gesellschaft kann allein den Haftungsausschluss der Gesellschafter rechtfertigen. Die manchmal vertretene Ansicht, die Haftungsbeschränkung sei eine Folge der Rechtspersönlichkeit, ist nicht haltbar: Alle französischen Gesellschaften besitzen die Rechtspersönlichkeit, die beschränkte Haftung besteht aber nur dann, wenn entweder einer der Gesellschafter persönlich haftet oder aber ein gesonderes Haftungskapital aufgebracht wird.[33] Die Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschlusspflicht des deutschen Rechts widerspricht ebenfalls der Auffassung, juristische Person und beschränkte Haftung seien synonym. Der Personalverband Genossenschaft verfügt sehr wohl über die juristische Persönlichkeit. Dennoch können die Genossen verpflichtet sein, der Genossenschaft die zur Befriedigung der Gläubiger notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen. Zwar haften sie nicht den Gläubigern selbst, sondern der juristischen Person, die sich insofern zwischen sie und die Gläubiger stellt. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise lässt aber die Folgerung zu, dass die Genossen persönlich für die Verbindlichkeiten des Personalverbandes haften.

Gläubigerschutz ist in der GmbH also in erster Linie gleichbedeutend mit der Existenz eines dem Stammkapital entsprechenden und im Gläubigerinteresse gebundenen Vermögens. Er verlangt besondere Regeln zur Aufbringung dieser Summe und verbietet, der Gesellschaft dann das Vermögen zu entziehen, wenn dadurch das Stammkapital angegriffen wird. Er verlangt weiterhin, dass mindestens die Ziffer des Stammkapitals

---

33) Hinweis bei DROBNIG, Haftungsdurchgriff, S. 2o ff; zur KG vgl. WIEDEMANN, a.a.O., S. 9; H.P. WESTERMANN, Typengesetzlichkeit, S. 271 ff.

den Aussenstehenden mitgeteilt wird.[34)]

Das den Prinzipien der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals entgegengesetzte Interesse der Gesellschafter an der möglichst einfachen Handhabung der Gesellschaftsform muss daher zurücktreten: Existenz und Fortbestehen des haftenden Kapitals sind der Preis der Haftungsbeschränkung. Die in der beschränkten Haftung liegende Gefährdung der Dritten verlangt es, hier die Interessen der Gesellschafter zurückzustellen. Erst nachdem der Schutz der Gläubiger gewährleistet ist, darf auf die Gesellschafterinteressen eingegangen werden. In dem Spannungsverhältnis zwischen Gläubigerschutz und Gesellschafterinteresse ist somit die Wertung in etwa vorgegeben.

b) Gläubigerschutz jenseits des Kapitalbereichs

Die Gesellschafter werden durch den Gesetzgeber zur Beachtung der Vorschriften über das Stammkapital gezwungen, da dieses in der GmbH eine für den Gläubigerschutz hervorragende Rolle spielt. Doch ist das Problem mit dem Erlass dieser Vorschriften nicht ausgeschöpft. Wenn Gläubigerschutz gleichbedeutend mit Aufbringung und Erhaltung einer Zugriffmasse ist, so muss der Gesetzgeber auch die Problematik der freien Kapitalfestsetzung in die Betrachtung mit einbeziehen.

Im geltenden Recht bedeutet Gläubigerschutz in erster Linie Kapitalschutz. Jedoch gesteht das System des

---

34) Zur Rolle der Publizität vgl. LUCKAN-SCHACHT, DB 1970, 1449; WIEDEMANN, a.a.O., S. 8.

GmbHG ebenso wie das französische GmbH-Recht den Gesellschaftern die volle Freiheit in der Festsetzung der Kapitalhöhe zu. Das bedeutet aber, dass die Zusammensetzung und damit die Wirksamkeit der Zugriffsmasse in das weitgehende Ermessen der Teilhaber gestellt ist, wenn man einmal von der Erfordernis eines Mindestkapitals absieht.

Dadurch aber entstehen nicht unbeträchtliche Gefahren für die Gläubiger. Stimmt die Kapitalziffer mit dem Unternehmensrisiko oder dem Geschäftsumfang nicht mehr überein, so ist die betroffene Gesellschaft unterkapitalisiert. Unterkapitalisierung bedeutet, dass im Falle des Scheiterns der Unternehmung die Zugriffsmasse der Gläubiger unzureichend ist (reale Unterkapitalisierung) und gegebenenfalls noch durch Konkursforderungen der Gesellschafter (Gesellschafterdarlehen - nominelle Unterkapitalisierung) zusätzlich geschmälert wird. In beiden Fällen ist mit weitgehenden Konkursausfällen zu rechnen. Das System führt im Ergebnis dazu, dass der Gesellschafter für die beschränkte Haftung zwar zu zahlen hat, die Höhe der Zahlung aber selbst bestimmen kann. Im Grunde beraubt die Unterkapitalisierung die Haftungsbeschränkung jeder Begründung, wenn man annimmt, dass zwischen Kapitalausstattung und Haftungsbeschränkung ein Sinnzusammenhang besteht.[35)]

Nun ist dagegen einzuwenden, dass der Gesetzgeber diese Gefahr sehr wohl gesehen hat und gerade deswegen die Möglichkeit der Offenlegung der Kapitalziffer in den Geschäftspapieren vorgesehen hat.[36)] Jeder Dritte, der in

---

35) WIEDEMANN, a.a.O., S. 18 ff; WÜST, Gläubigerschutz, S. 10; IMMENGA, a.a.O., S. 400 ff m.w.N.

36) Vgl. § 35a GmbHG, BAUMBACH-HUECK, Anm. 1 zu § 35a GmbHG.

Verbindung mit einer unterkapitalisierten GmbH tritt, kann dadurch - oder durch Erkundigungen - erfahren, dass die Haftung der Gesellschaft beschränkt ist und das Kapital nur eine gewisse Höhe erreicht. Er geht mithin bewusst ein Risiko ein und ist daher nicht schutzwürdig.[37)]

Dieses Argument überzeugt nicht ganz. Einmal entspricht es einer Konzeption der Vertragsfreiheit, die nicht unbedingt noch der Wirklichkeit des heutigen Wirtschaftslebens entspricht.[38)] Auch setzt es eine leichte Erkennbarkeit der Unterkapitalisierung auch für den Nichtfachmann voraus, die nicht unbedingt gegeben ist, wenn man den Aussagen der Betriebswirtschaft folgen will.[39)] Schliesslich kann es auch den Deliktsgläubigern nicht entgegengesetzt werden.[4o)]

Im Ergebnis muss die Frage, ob auf diesem Gebiet etwas unternommen werden kann und soll, aber an den Gesetzgeber gestellt werden, da im Rahmen des geltenden Rechts eine befriedigende Lösung nur unter grossen Schwierigkeiten gefunden werden kann.[41)] Will der Reformgesetzgeber aber den Bruch, der im geltenden Recht zwischen der Bejahung des Gläubigerschutzes durch das Kapital und der Verneinung einer Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung besteht, überbrükken, so wird er dabei auf Schwierigkeiten stossen. Die reale und die nominelle Unterkapitalisierung stellen insbesondere auf dem Gebiet der Haftungsausdehnung unterschiedliche Probleme; der feste Maßstab der Kapitalziffer fehlt, es müssen neue Leitlinien über das

---

37) Vgl. WIEDEMANN, a.a.O., S. 7; HOFMANN, NJW 1966, 1941 (1944).

38) WÜST, a.a.O., S. 8 ff; WIEDEMANN, a.a.O., S. 8; IMMENGA, a.a.O., S. 4o7 f.

39) vgl. die Aussagen LUCKAN-SCHACHT, a.a.O., 1455 f.

4o) WIEDEMANN, a.a.O., S. 7; IMMENGA, a.a.O., S. 4o8 m.w.N.

41) WIEDEMANN, a.a.O., S. 17 ff.

Ausmass einer angemessenen Kapitalausstattung entwickelt werden; die im Kapitalbereich bestehende, vorgegebene Wertung muss durch eine neue, vom Einzelfall abhängende Wertung der Interessen von Gesellschafter und Gläubiger ersetzt werden.

Die Reformentwürfe haben nun den Schritt getan und erstmals zumindest den Bereich der nominellen Unterkapitalisierung einer gesetzlichen Regelung unterworfen. Eine Untersuchung der verschiedenen Lösungen wird die Schwierigkeiten des Gläubigerschutzes jenseits des Kapitalbereichs wohl am genauesten hervortreten lassen.[42)]

III. Die Rechtsform der GmbH und ihre tatsächliche Struktur

Wenn auch die Wertungsfreiheit des Gesetzgebers bei Schutz der Gläubiger unterschiedlich ist, so muss er doch auf die Interessen der Gesellschafter Rücksicht nehmen. Diese aber hängen stark davon ab, wie das Innenverhältnis der Gesellschaft in der Praxis gestaltet ist.

a) Die Vielgestaltigkeit der GmbH im Rechtsleben

Die weitgehende Freiheit, die das Gesetz bei der Strukturierung der GmbH gestattet, macht es unmöglich, von einer einheitlichen, typischen GmbH zu sprechen. Neben den in der Praxis überwiegenden kleinen und mittleren Gesellschaften personalistischer Ausprägung stehen einige Grossunternehmen, die zwar das Kleid der GmbH

---

42) Vgl. unten, S. 63.

tragen, in Kapitalziffer, Aufbau und Organisation - wenn auch nicht in der Gesellschafterzahl - der Aktiengesellschaft sehr nahestehen. Neben die eigentliche Erwerbs-GmbH treten zunehmend Gesellschaften, denen die Rolle des persönlich haftenden Gesellschafters in einer GmbH & Co KG übertragen wird, und die insofern anderen Regeln unterliegen. Auch karitative und soziale Einrichtungen in GmbH-Form bedürfen einer anderen Beurteilung.[43)]

Diese Vielgestaltigkeit der GmbH in der Rechtswirklichkeit ist zwar unbestritten ein Vorzug, stellt den Gesetzgeber aber gelegentlich vor Probleme.[44)]

b) Bedeutung und vorherrschende Gestaltung

Schon allein die Statistik belegt, dass die Gesellschaften mbH im Wirtschaftsleben eine wichtige Rolle spielen: In Deutschland wurden Ende 197o etwa 8o.ooo GmbH gezählt, deren Gesamtstammkapital mehr als 43 Milliarden DM erreichte.[45)] In Frankreich, wo nach Gesellschaftstypen aufgeschlüsselte Statistiken nicht verfügbar sind, bestanden 196o mehr als 1o6.ooo SARL, deren Kapital einschliesslich Reserven ca. 15 Milliarden FF betrugen.[48)] Zwar erscheinen diese Zahlen als klein, wenn man etwa das Gesamtkapital der 23o4 deutschen AG von 56,5 Milliarden DM[47)] oder der mehr als 5o.ooo französischen AG mit 86 Milliarden FF[48)] damit vergleicht.

---

43) Vgl. die Aufstellung bei LIMBACH, Theorie und Wirklichkeit der GmbH, S. 36.

44) BARZ, GmbH-Reform, S. 38.

45) Stat.Jahrbuch 1971, S. 172.

46) LUTTER, Kapital, S. 36.

47) Stat. Jahrbuch 1971, S. 171.

48) LUTTER, a.a.O., S. 36

Jedoch lassen die Zahlen ahnen, dass der GmbH auf dem Gebiet der Kleinunternehmen eine hervorragende Rolle zukommt.

Die GmbH ist tatsächlich i.d.R. eine Kleingesellschaft besonderer Struktur: Etwa 75 % der GmbH sind mit einem Kapital von weniger als 5o.ooo DM ausgestattet, also ausgesprochene Kleinunternehmen[49]. Eine Stichprobe beim Handelsregister Caen (Calvados) ergab, dass rund 65 % der Gesellschaften nur das gesetzliche Mindestkapital von FF 2o.ooo besassen[5o]. Dazu kommt, dass die überwiegende Zahl der GmbH nur wenige Gesellschafter hat und stark personalistisch organisiert ist: Die Untersuchung LIMBACHS hat erwiesen, dass nur 2,3 % der untersuchten Gesellschaften mehr als 5 Teilhaber haben, während 51,26 % Zweimanngesellschaften sind[51]. In Frankreich lauten die Zahlen, wie die oben erwähnte Stichprobe zeigt, etwas anders (4o % und 15 %), doch bleibt der Gesamteindruck derselbe. Zudem ist in beiden Ländern der geschlossene Charakter der GmbH betont, insbesondere durch die Teilnahme der Gesellschafter an der Geschäftsführung und die Beschränkung der Übertragbarkeit der Geschäftsanteile[52]. Der Feststellung, die Mehrzahl der Gesellschaften mbH entspräche eher dem Typ der KG als dem der Kapitalgesellschaft, ist nach diesen Zahlen zuzustimmen[53].

Daraus folgert, dass die im Grunde weder personalistische noch kapitalistische GmbH aufgrund der weitgehenden

---

49) LIMBACH, a.a.O., S. 41

5o) Die Untersuchung umfasste die Eintragungen v. 1.1. - 31.7.1971.

51) LIMBACH, a.a.O., S. 41

52) Vgl. LIMBACH, a.a.O., S. 43

53) LIMBACH, a.a.O., S. 43

Freiheit in der Gestaltung im Wirtschaftsleben überwiegend personalistisch ausgestaltet ist. Mithin hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Gläubigerschutzes auf diese Tatsache Rücksicht zu nehmen. Er darf nicht vom Gedanken der GmbH als Kapitalgesellschaft ausgehen, da er sonst Gefahr läuft, die Verwendbarkeit der GmbH für den unternehmerischen Mittelstand zu beschränken.

2. Kapitel - Gläubigerschutz im Kapitalbereich

§ 1: Die Aufbringung des Stammkapitals

Im Bereich der Kapitalaufbringung liegen die Schwerpunkte des Gläubigerschutzes auf der Höhe des Mindeststammkapitals und auf der Neuordnung der Sachgründung.

I. Das Problem des Mindeststammkapitals

a) Die Diskussion im Referentenentwurf

Bei der Schaffung der GmbH im Jahre 1892 ist ihr Mindeststammkapital auf 2o.ooo Mark festgesetzt worden. Bei dieser Ziffer ist es trotz des Kaufkraftschwundes und auch nach dem DM-Bilanzgesetz geblieben. Im Rahmen der Neuordnung der GmbH wurde nun in § 6 des RefE die Erhöhung der Summe auf 5o.ooo DM vorgeschlagen.

Dieser Vorschlag wurde damit begründet, dass im Interesse verbesserten Gläubigerschutzes die Entstehung nicht genügend fundierter Gesellschaften von vornherein verhindert werden müsste. Die bisherige Summe sei dazu völlig unzureichen gewesen[54].

---

54) Erläuterungen zum RefE, S. 143

Auch die Gründung unbedeutender Gesellschaften, die der Entwurf offensichtlich ablehnt[55], könne nur mittels der Erhöhung des Mindestkapitals verhindert werden. Zudem könne die Aufgabe des Mindestkapitals, den Gläubigern in Grenzen Sicherheit zu geben, durch das alte Gesetz nicht mehr erfüllt werden[56]. Hauptziel der Reform ist also der Gläubigerschutz, und zwar einmal mittels der Verhinderung der Entstehung gläubigergefährdender Kleingesellschaften, und zum anderen durch die tatsächliche Erhöhung des Garantiefonds.

Dem Entwurf ist zwar zuzugeben, dass kaufkraftmässig zwischen der heutigen und der damaligen Kapitalziffer kein Verhältnis mehr besteht. Jedoch stellt die geplante Erhöhung das Verhältnis keineswegs wieder her, sondern bleibt weit unter der dazu notwendigen Summe von 100.000 Mark[57]. Das würde die GmbH doch zu sehr in die Nähe der AG rücken, wenn auch der Entwurf der Meinung ist, dass der Unterschied zwischen GmbH und AG mehr in der Struktur als in der Ziffer des Kapitals liegt[58].

Die geplante Erhöhung schliesst eine beträchtliche Anzahl bestehender Gesellschaften von der Rechtsform der GmbH aus. Das wäre dann gerechtfertigt, wenn die Gesellschaften mit weniger als 50.000 DM Stammkapital tatsächlich ungenügend fundiert wären. Dies ist aber nicht so. Die Rechtstatsachenuntersuchung LIMBACHS ergab, dass die überragende Mehrzahl der Gesellschaften mbH in diese Kategorie fällt, und dass mehr als die

---

55) Erl., S. 143.

56) Erl., S. 143.

57) ULMER, Probleme, S. 46; BARZ, GmbH-Reform, S. 37.

58) Erl., S. 143; scharf kritisch hierzu BARZ, a.a.O., S. 39 f.

Hälfte von ihnen sogar nur das gesetzliche Mindestkapital besitzt. Der grössere Teil dieser Unternehmen hat aber in der Vergangenheit seine Lebensfähigkeit bewiesen. Auch die Konkursstatistiken lassen keinen anderen Schluss zu, da eine besondere Anfälligkeit der Kleingesellschaften in ihnen nicht festzustellen ist.[59] Die Begründung des Entwurfs ist also in diesem Falle unzutreffend.

Auch das Argument, die Gründung von unbedeutenden Unternehmen in GmbH-Form müsse vermieden werden, ist angreifbar. Zwar ist es tatsächlich Sache des Mindeststammkapitals, die Gründung von allzu kleinen Gesellschaften zu verhindern. Es soll die Gründer zum Beweis zwingen, dass sie in Wahrheit über eine gewisse Leistungsfähigkeit verfügen, die sie zur Errichtung einer Gesellschaft berechtigt.[60] Jedoch fragt es sich, ob die Aufbringung von mindestens 20.000 DM nicht schon einen solchen Beweis darstellt. Die Erfahrung der Praxis spricht dafür, ebenso die Tatsache, dass viele Unternehmen nicht sehr viel Kapital benötigen.[61] Eine Erhöhung des Mindestkapitals ist also auch aus diesem Grund nicht nötig. Sie erweckt eher den Verdacht, dass hier eine grosse Anzahl von Unternehmen einfach als der Gesellschaftsform nicht für würdig erachtet wird.[62]

Immerhin könnte die Erhöhung dadurch gerechtfertigt sein, dass sie tatsächlich den Gläubigern grössere Sicherheit verschafft. Aber auch das ist zu verneinen.

---

59) BARZ, a.a.O., S. 38; ULMER, a.a.O., S. 48.

60 WIEDEMANN, a.a.O., S. 18; BARZ, a.a.O., S. 39.

61) BARZ, a.a.O., S. 38, 40.

62) WIETHÖLTER, Probleme, S. 16; MERTENS, Probleme, S. 121; H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 20

Die durchschnittliche Ausfallziffer im GmbH-Konkurs beträgt wie gesagt[62a)] etwa 600.000 DM. Eine Erhöhung des Kapitals um 30.000 DM spielt bei dieser Grössenordnung keine Rolle. Da das Kapital im allgemeinen sofort investiert wird, sind zudem auch Liquidationsverluste zu befürchten, die die Sicherheit weiter mindern.[63)] Aus diesem Grunde wird der Einfluss der Mindestkapitalziffer auf den Gläubigerschutz teilweise ganz verneint.[64)]

Im Ergebnis ist die Regelung des § 6 RefE abzulehnen. Die für sie vorgebrachten Gründe sind nicht stichhaltig, sondern verdecken nur die Wirklichkeitsfremdheit der Vorschrift. Diese stellt eine unzumutbare Härte für die Überzahl der bestehenden GmbH dar, die auf einer klaren Überbewertung der Gläubigerinteressen beruht. Die Erhöhung stellt zudem einen Alleingang im EWG-Raum dar, dessen sonstige Rechte gerade eine Mindestkapitalziffer etwa in der Höhe um DM 20.000 festsetzen[65)].

b) Die französische Lösung

Die französische Reform von 1966 hat auf eine dem RefE ähnliche Regelung verzichtet. Sie hat sich damit begnügt, das Mindestkapital wieder auf ein angemessenes Niveau zu bringen, da infolge der andauernden Geldentwertung die alte Summe lächerlich klein geworden war. Die Verdoppelung der Ziffer auf 20.000 Franken hatte dagegen keine Gläubigerschutzmotive.[66)]

62a) Vgl. oben, S. 8

63) ULMER, a.a.O., S. 48; H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 19, 20.

64) BARZ, a.a.O., S. 39

65) BARZ, a.a.O., S. 41; FN 12: Frankreich 12.000 DM, Belgien 20.000 DM, Schweiz 19.000 DM, Italien Lit. 50.000.

66) HAMIAUT, Bd. I, S. 45.

Man betrachtet in Frankreich das Mindestkapital eher als Mittel, allzu kleinen Unternehmen die Wahl der Rechtsform der GmbH zu untersagen. Der auch in Deutschland vertretene Standpunkt, das Mindestkapital sei ein Mittel, "Passendes von Unpassendem" zu trennen, war Grundlage der Beschränkung der Erhöhung[67].

Das französische Recht sieht dagegen eine Möglichkeit des Gläubigerschutzes in dem Verbot der Teileinzahlung. Es hat sich von Anfang an geweigert, die deutsche Kaduzierungsregelung zu übernehmen. Wer die Vorteile der Kleingesellschaft beanspruche, müsse auch beweisen, dass er das für sein Unternehmen notwendige Stammkapital auch sofort aufbringen könne[68]. Die Teileinzahlung sei ein Institut des Aktienrechts. Die Kapitalbedürfnisse der für Unternehmen mit grossem Gegenstand und langen Investitionsperioden gedachten AG lägen anders als bei der GmbH[69].

Die Reform hat die Regelung der Einzahlung im Ergebnis noch verschärft. Die sofortige und volle Einzahlung aller Einlagen in bar oder in Sachen ist eine Eintragungsvoraussetzung (art. 38). Dabei ist streitig, ob eine Einlage von Nutzungsrechten ("apport en jouissance") mit diesem Prinzip vereinbar ist, jedoch hat die Rechtsprechung dergleichen Einlagen zugelassen[7o]. Die eingezahlten Beträge sind zu hinterlegen, und zwar bei einer Bank, einem Notar oder der Zentralkasse der Sparkassen ("Caisse des dépôts et consignations"). Die Konten werden auf den Namen der Gesellschaft geführt, die

---

67) HAMIAUT, a.a.O., S. 46 ff.

68) ROUSSEAU, Traité, Nr. 38 m.w.N., ; HAMIAUT, a.a.O., S. 49.

69) ROUSSEAU, a.a.O., Nr. 38.

7O) Aix en Provence 31.5.1951, JCP 52, 2. 6792.

darauf ruhenden Beträge können erst nach Vorlage einer offiziellen Bescheinigung über die erfolgte Eintragung abgehoben werden (art. 39).

Dafür, dass diese Regeln auch tatsächlich beachtet werden, sorgte im alten Recht die Sanktion der Nichtigkeit. Im Rahmen der Harmonisierung der Gesellschaftsrechte in der EWG musste diese Tradition aufgegeben werden[71]. Da das französische Recht die registerrechtliche Prüfung nicht kennt, und da auch die Reform sich nicht hat dazu entschliessen können[72], ist folgende Regelung eingeführt worden (art. 5 ff): Sind die Einlagen nicht voll geleistet, ohne dass dies bei der Formkontrolle bei der Eintragung erkannt worden ist, so können die Gesellschafter auf Antrag jedes Dritten durch Gerichtsbeschluss zur Beseitigung des Mangels verpflichtet werden (art. 5). Sollten durch den Mangel Schäden eingetreten sein, so haften die Gründer und ersten Geschäftsführer gesamtschuldnerisch für sie. Diese Verschuldenshaftung ist als Aussenhaftung ausgestaltet (art. 7 Abs. 1).

Diese - durch das schwerfällige Sanktionssystem allerdings etwas unbeholfene - Regelung dient ausschliesslich dem Gläubigerschutz. Die nicht ungefährliche Verbindung von niedrigem Stammkapital und Haftungsbeschränkung verlangt, dass der Garantiefonds den Gläubigern schon beim Eintritt der Gesellschaft in das Geschäftsleben zur vollen Verfügung steht[73].

---

71) EWG-Richtlinie v. 9.3.1968, Amtbl. 14.3.68; zum neuen Gründungsrecht vgl. NGUYEN-XUAN-CHAN, D 1968, Chr. 27.

72) Das Parlament sprach sich gegen die Meinung der Regierung für das jetzt geltende System aus, HAMIAUT, Bd. III, S. 52, 55 ff.

73) ROUSSEAU, a.a.O., Nr. 38.

c) Mindeststammkapital und Einzahlung im Regierungsentwurf

Der RegE hat inzwischen die Fragwürdigkeit der Erhöhung des Mindeststammkapitals erkannt und dementsprechend auf ihre Beibehaltung verzichtet (§ 5 Abs. 2 RegE). Im Gegensatz zum RefE gibt er zu, dass bisher keine Missbräuche durch das zu kleine Mindeststammkapital festgestellt werden konnten und dass die Mehrzahl der Gesellschaften problemlos mit 2o.ooo DM auskommen[74]. Auch sieht er ein, dass der Gläubigerschutz weit eher durch die Einzahlungsregeln und die Vorschriften zur Unterkapitalisierung gewährleistet werden kann[75]. Es bleibt also bei einem Mindestkapital von 2o.ooo DM.

Der RegE will nun, anders als sein Vorgänger, auch die Frage der Einzahlung neu regeln. Er lässt nun den Mindestkapitalbetrag und die Mindesteinzahlung übereinstimmen, ohne jedoch auf die Teilzahlungsmöglichkeit verzichten zu wollen. Eine GmbH kann nur noch dann gegründet werden, wenn zumindest 2o.ooo DM vorhanden sind und dadurch eine gewisse finanzielle Leistungsfähigkeit bewiesen wird[76]. Bei einem grösseren Stammkapital bleibt aber die Teilzahlung weiterhin möglich. Das Kaduzierungsverfahren bleibt also erhalten, ändert sich allerdings insofern, als es eine schnelle Befriedigung der Gesellschaft durch Einführung der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter sofort nach dem Ausschluss des Säumigen sichern will[77].

---

74 Begr. zum RegE, S. 87.

75) Begr. z. RegE, S. 87; vgl. auch H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 2o m.w.N.

76) Begr. z. RegE, S. 93 (§ 17)

Meines Erachtens nimmt diese Regelung nicht auf die in der Praxis vorherrschende personalistisch ausgestaltete GmbH Rücksicht[77a]. Sie belastet das Gesetz mit einer Anzahl von komplexen Vorschriften. Schliesslich erscheint auch für die Sicherung der Gläubiger die Volleinzahlung als geeigneter.

Die in der Praxis vorherrschende Form der GmbH ist, wie gesagt, die der Kleingesellschaft. Der Kapitalbedarf dieses Gesellschaftstyps ist im allgemeinen nicht gross[78], auch wird das Kapital meistens sehr schnell in das Unternehmen zu investieren sein, so dass ein längeres Brachliegen von Teilen des voll eingezahlten Kapitals nicht zu erwarten ist[79]. Es ist unbestreitbar, dass gewisse Unternehmungen tatsächlich nicht das gesamte Kapital zum Zeitpunkt der Gründung benötigen. Es ist jedoch nicht einzusehen, dass gerade diese Unternehmungen der Rechtsform der GmbH bedürfen[80]. Wenn man berücksichtigt, dass allein die Büroeinrichtung eines kleinen Betriebes die Höhe des Mindestkapitals leicht erreichen kann, und dass Produktionsbetriebe auch kleineren Umfanges weitaus höhere Beträge benötigen, so erscheint eine Begrenzung der Volleinzahlungspflicht auf das gesetzliche Mindestkapital als dem Gläubigerschutz nicht adäquat. Im Interesse der Gläubiger sollte gerade ein Klein- oder Mittelunternehmen von Anfang an über Mittel verfügen, die zumindest die Finanzierung des Anlagevermögens ermöglichen. Ist dagegen tatsächlich damit zu rechnen, dass die Investi-

---

77) §§ 31 - 39; Begr. z. RegE, S. 99 ff; die Regelung entspricht der h.M: ULMER, a.a.O., S. 48; BARZ, a.a.O., S. 43; H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 22; a.A. LUTTER, Probleme, S. 68; wohl auch IMMENGA, a.a.O., S. 387.

77a) Vgl. oben S. 17.

78) Vgl. oben S. 21.

79) So aber ein Hauptargument des RegE, Begr. S. 92 f; dagegen auch LUTTER, a.a.O., S. 69.

80) LUTTER, a.a.O., S. 69; vgl. auch das französische Recht, oben S.

tionen stufenweise in längeren Zeiträumen getätigt werden, so nähern sich i.d.R. diese Investitionen Grössenordnungen, die durchaus die Wahl der Rechtsform einer Aktiengesellschaft rechtfertigen.

Die Überlegungen, die im französischen Recht zum Verzicht auf die Teileinzahlung geführt haben, sind auch für deutsche Verhältnisse gültig; auch sind etwaige nachteilige Folgen dieses Verzichts in der französischen Praxis nicht bekannt geworden, obwohl unsere Nachbarn nicht über das elastische Finanzierungsmittel der Nachschüsse verfügen. Gerade dieses Institut ermöglicht es aber, in Einzelfällen unvoraussehbare Kapitalbedürfnisse zu decken[81].

Die Volleinzahlung hat zudem den Vorteil, den Garantiefonds sofort in voller Höhe bestehen zu lassen. Dadurch wird die Stellung der Gläubiger sicherer als durch ein Kaduzierungsverfahren selbst in der neuen Form des Entwurfs, in dem die Haftung der Gesellschafter nicht als Aussenhaftung ausgestaltet ist[82]. Das französische Beispiel bestätigt auch nicht die Befürchtung des Entwurfs, bei Verbot der Teileinzahlung drohten zahlreiche Umgehungen[83]. Auch ist darauf hinzuweisen, dass der Entwurf für die befürchteten Formen der Umgehung - spätere Kapitalerhöhung und Gesellschafterdarlehen - selbst Vorsorge zur Sicherung der Gläubiger getroffen hat.

Ein nicht zu unterschätzender Vorteil der hier vorgeschlagenen Lösung wäre die Beseitigung des komplizierten, in seinen Einzelheiten nicht immer unproblematischen Kaduzierungsverfahrens[84]. Der RegE ist auch ohne diese

---

81) LUTTER, a.a.O., S. 69

82) IMMENGA, a.a.O., S. 388.

83) Begr. z. RegE, S. 93; ebenso schon die Erl. zu RefE, S. 182.

84) Vgl. die Analyse des neuen Verfahrens bei LUTTER, a.a.O., S. 7o

Vorschriften schon komplex genug, seine Anwendbarkeit kann durch die hier vorgeschlagene Regelung nur besser werden. Das gilt um so mehr, als die Prüfung der Gründung durch den Registerrichter eine Kontrolle der Volleinzahlung leicht macht, und die Vorschriften des französischen Rechts hier völlig wegfallen können.

Die Regelung der Fragen durch den RefE ist unzulänglich, weil einerseits der Gläubigerschutz durch uneffiziente Mittel durchgesetzt werden soll (Erhöhung des Mindestkapitals), andererseits die Aufrechterhaltung der Teileinzahlung den Schutz der Gläubiger nicht im gebotenen Masse durchsetzt. Der RegE hat insofern eine teilweise Verbesserung gebracht, berücksichtigt aber immer noch den Gläubigerschutz in der Einzahlung zu wenig. M.E. ermöglicht die hier vorgeschlagene Lösung die beste Kombination zwischen den Interessen der Gesellschaft und denen der Aussenstehenden. Sie entspricht der vorherrschenden personalistischen Kleingesellschaft, ermöglicht die sofortige volle Sicherung der Gläubiger und belastet die Gründer nicht übermässig, da diese von einer unpraktischen Vorschriftenserie befreit werden, ohne dafür wichtige Interessen opfern zu müssen.

Die Diskussion vor allem der Regeln des RefE zeigt aber auch die Gefahren einer allzu pauschalierten Auffassung des Gläubigerschutzgedankens. Man darf sich schon hier die Frage stellen, ob dem Gedanken des Gläubigerschutzes überhaupt eine eigenständige, vom Einzelfall unabhängige Rolle im Gesellschaftsrecht zuzuweisen ist.

II. Die Behandlung der Sacheinlagen

Die Diskussion der Fragen des Mindestkapitals und der Kaduzierung hat schon Hinweise auf die Problematik des

Gläubigerschutzes geben können. Die Vorschriften zur Sachgründung sind hier noch bedeutender.

Es ist bekannt, dass gerade die Sachgründung - die immerhin bei etwa 15 % der GmbH-Gründungen vorkommt - ein taugliches Mittel zur Gläubigerschädigung ist[85], und daher eines der Hauptanwendungsgebiete des Gläubigerschutzes darstellt. Dazu kommt, dass auf diesem Gebiet auch durch das Vorbild des AktG die Versuchung zum Perfektionismus besonders stark ist und die Anhäufung von Schutzvorschriften sich geradezu anbietet. Daher soll eine kurze Untersuchung der Schwächen des geltenden Rechts, gefolgt von einem Blick auf das französische Gesetz, zur Beurteilung der Regeln der Entwürfe führen.

a) Die Schwächen des geltenden Rechts

Das GmbHG hat die Gefahr, die von der Überbewertung oder der Mangelhaftigkeit von Sacheinlagen ausgeht, verkannt. Sein Vertrauen in die ausgleichende Wirkung des Gegensatzes zwischen Bar- und Sacheinlagen wird heute einstimmig als verfehlt betrachtet[86]. Rechtsprechung und Lehre haben daher eine Reihe von Schutzmassnahmen entwickelt, die aber alle nicht unproblematisch sind[87].

Es besteht Einigkeit darin, dass eine mangelhafte Sacheinlage zur Nachlieferungs- bzw. Barlieferungspflicht des Einlegers führt[88], die bis zur Höhe der verspro-

---

85) Vgl. schon die Hinweise von FRAENKEL, a.a.O., S. 52 ff.

86) Vgl. statt aller BATTES, Überbewertung, S. 23 m.w.N.

87) Vgl. die Darstellung bei BATTES, a.a.O.

88) BGH 45; WIEDEMANN, a.a.O., S. 38; LUTTER, Kapital, S. 326; IMMENGA, a.a.O.,S. 389.

chenen Einlage reicht. Gleichfalls einig ist man sich darin, dass eine Prüfungspflicht des Registerrichters besteht, und dass die willkürliche Überbewertung zur Ablehnung der Eintragung führen muss[89]. Unter der Voraussetzung, dass sie willkürlich oder mit kaufmännischen Grundsätzen unvereinbar ist, begründet die vorsätzliche oder grob fahrlässige Überbewertung auch eine Ersatzpflicht des Einlegers gegenüber der Gesellschaft[90].

Während über diese Punkte somit Einigkeit besteht, sind andere Fragen der Ersatzpflicht im Schrifttum streitig. So wollen SCHILLING und BATTES bei willkürlicher Überbewertung die Nichtigkeit des Einlageversprechens und damit die Bareinlagepflicht eintreten lassen[91]. Demgegenüber entwickeln andere aus dem Zusammenhang zwischen Haftungsbeschränkung und dem Gebot der ordentlichen Kapitalaufbringung eine Deckungszusage des Einlegers[92]. Diese greift schon bei kaufmännisch nicht vertretbaren Überbewertungen ein und verpflichtet den Einleger zur Barzahlung des Wertunterschiedes zwischen dem versprochenen und dem tatsächlichen Wert der Sacheinlage.

Im Ergebnis kann im geltenden Recht als gesichert betrachtet werden, dass ein Schutz gegen untaugliche oder mangelhafte Einlagen besteht. Es kann weiterhin mit einem Schutz gegen grobe Überbewertungen durch die richterliche Korrektur gerechnet werden. Schwer-

---

89) Aus § 12 FGG; HACHENBURG-SCHILLING, zu § 5 GmbHG, Anm. 11a; BATTES, a.a.O., S. 23.

90) RG 159, 321; SCHOLZ, zu § 5 GmbHG, Rdz. 17; HACHENBURG-SCHILLING, a.a.O., Anm. 28a; BATTES, a.a.O., S. 91 m.w.N.

91) SCHILLING, in HACHENBURG, a.a.O., Anm. 28 a; BATTES, a.a.O., S. 92 m.w.N.

92) BOESEBECK, Anm. in DR 1939, 436; FISCHER, LM 1 zu S. 38; IMMENGA, a.a.O., S. 391 f jew. m.w.N.

wiegende Schäden sind im übrigen durch den Haftungsanspruch der Gesellschaft auszugleichen. Trotzdem bleiben durch die noch weite Bewertungsfreiheit noch Möglichkeiten der Schädigung.

b) Die Sachgründung im französischen Recht

Bei der Einführung der GmbH in das französische Rechtsleben im Jahre 1925 waren die Schwächen des deutschen GmbHG von 1892 auf dem Gebiet der Sacheinlagen schon bekannt. Daher hatte der französische Gesetzgeber sofort Massnahmen gegen Überbewertungen ergriffen (art. 8 des G. v. 1925). Da dieses System zur vollen Zufriedenheit funktionierte, hat die Reform seine Grundlagen voll aufrechterhalten und nur Verbesserungen in Details vorgenommen, die mit der Änderung des Gründungsrechts im allgemeinen und mit der verbesserten Publizität zusammenhängen.

Die Grundzüge, also die grundsätzliche Bewertungsfreiheit der Gesellschafter und die strenge Haftungsregelung, bestehen weiterhin, jedoch sind neben ihnen eine unverbindliche Gründungsprüfung und eine erweiterte Publizität geschaffen worfen. Ziel der Reform war es, die einfache Gründung beizubehalten, ohne die Sicherheit der Gläubiger zu gefährden.

Der neue Text lautet wie folgt (art. 4o): "Die Satzung muss die Bewertung einer jeden Sacheinlage enthalten. Die Bewertung findet nach Kenntnisnahme des Prüfungsberichtes statt, der der Satzung beigefügt ist. Der Bericht wird von einem dafür verantwortlichen Einlagenkommissar erstellt, der durch einstimmigen Beschluss der zukünftigen Gesellschafrer ernannt wird. Sollte die Einstimmigkeit nicht zu erreichen sein, so erfolgt die Ernennung durch Gerichtsbeschluss auf Antrag des zuerst handelnden Gründers.

Die Gesellschafter haften den Dritten gesamtschuldnerisch während eines Zeitraums von 5 Jahren für den Wert, den sie den Sacheinlagen im Zeitpunkt der Gründung gegeben haben."

1) Die Prüfung der Sacheinlagen

Wie schon angedeutet, haben sich die Parlamentarier zu einer richterlichen Prüfung der Gründung nicht entschliessen können und den diesbezüglichen Vorschlag des Regierungsentwurfes zurückgewiesen[93].

Auf dem Gebiet der Sacheinlagen allerdings wollte der Gesetzgeber auf die Prüfung nicht verzichten, weswegen er die Institution des Einlagenkommissars ("commissaire aux apports") aus dem Aktienrecht übernommen hat. Aus den Materialien geht hervor, dass man die Prüfung vor allem für die Einlagen von besonders schwer zu bewertenden Sachen wollte, die die Kenntnis der Gründer überfordern[94]. Der Prüfer handelt im Auftrag der Gründer, und er haftet ihnen dementsprechend für jede Verletzung dieses Vertrages ("responsabilité contractuelle en cas de faute")[95]: Der von ihm erstellte Gründungsbericht muss der Satzung beigelegt werden und wird mit ihr im Handelsregister offengelegt, so dass auch die Gläubiger sich über die Bewertung der Sacheinlagen genau informieren können[96].

Es handelt sich bei dieser Prüfung zwar um eine Pflichtprüfung, jedoch ist ihr Ergebnis für die

---

93) Vgl. oben, S. 24.

94) HAMIAUT, Bd. I, S. 53.

95) HAMIAUT, a.a.O., S. 52; J Cl S^{ts}, Fasc. 72, Nr. 174 ff; de JUGLART-IPPOLITO, Bd. II, Nr. 545.

96) Art. 4 i.V.m. art. 285, décret Nr. 67 - 236, art. 67 - 238, alle vom 23.3.1967; in C.com.Dalloz 70/71, S. 38, 14, 938.

Gründer nicht bindend. Ihre Bewertungsfreiheit wird durch das Bestehen der Prüfung nicht beschränkt. Ein Abweichen vom Ergebnis der Prüfung, zum Beispiel um ein gewisses Beteiligungsverhältnis im Innenverhältnis zu erhalten, ist ihnen durchaus gestattet, es hat keinen Einfluss auf die Eintragungsfähigkeit. Das geht schon aus der Fassung des Textes hervor, der die Bewertung des Gesellschaftern überlässt und sie nur zur Kenntnisnahme ("au vu") verpflichtet[97]. Aus den Vorarbeiten ist zu entnehmen, dass die Prüfung in erster Linie als ein innerer Vorgang zu verstehen ist, der die Gleichbehandlung von Sach- und Bareinlegern wahren soll. Die Schutzwirkung für die Dritten ist gleichsam ein Nebenprodukt, das die wichtigste Garantie, die Haftung a posteriori, nur ergänzen soll[98].

Der Meinung von BATTES, das französische Recht kumuliere in ähnlicher Weise die Schutzmassnahmen wie die deutschen Reformentwürfe, muss also insofern widersprochen werden, als die Prüfung die Bewertungsfreiheit der Gründer nicht berührt und eine Abweichung vom Prüfungsergebnis keinen Einfluss auf die Eintragung der Gesellschaft haben kann[99].

Wird die Prüfung unterlassen, das heisst wenn der Prüfungsbericht nicht der Satzung anliegt, ist die Eintragung anzulehnen (art. 11 décret Nr. 67 - 237 v. 23.3.1967). Wird die Gesellschaft versehentlich doch eingetragen oder wird festgestellt, dass der Bericht keiner wirklichen Prüfung entspricht, so tritt die Regelung der art. 6 und 7 Abs. 1 ein[100], denn die Prüfung ist eine wichtige Gründungsvoraussetzung i.s.d. art. 7.

---

97) HAMIAUT, Bd. I, S. 53; J Cl. S^{tés}, a.a.O., Nr. 175.

98) Vgl. FOYER, 2o.4.1966, JO Sénat, S. 185; HAMIAUT, Bd. I, S. 52 f.

99) BATTES, GmbHR 1969, 253.

100) Vgl. oben, S. 24, HAMIAUT, Bd. III, S. 52 ff.

2) Die Folgen einer Überbewertung

Gem. art. 4o Abs. 2 haften die Gründer gesamtschuldnerisch für die im Zeitpunkt der Gründung angesetzten Werte der Sacheinlagen. Die Haftung ist insofern eine Aussenhaftung, als sie von allen Dritten geltend gemacht werden kann. Der Anspruch verjährt in 5 Jahren, was in etwa dem gefährlichen Zeitraum nach der Gründung entspricht[101].

Eine erste Frage stellt sich im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Bewertung. Die Haftuung der Gründer erstreckt sich nur auf den Wert, den die Sacheinlagen "im Zeitpunkt der Gründung" haben. Darunter ist im allgemeinen der Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages zu verstehen. Das bedeutet aber, dass bei Eintragung der Gesellschaft die Einlagen schon einen anderen Wert haben können als im Zeitpunkt der Gründung. Es wäre besser gewesen, die Haftung der Gründer vom Wert der Einlagen in dem Moment abhängig zu machen, in dem die Gesellschaft an die Öffentlichkeit tritt. Der Text lässt aber diese Auslegung nicht zu[102].

Ein weiteres Problem stellt sich im Rahmen der Erneuerung der Gründungssanktionen. Zum alten Recht war es ständige Rechtsprechung des Cassationshofes, dass eine schwerwiegende Überbewertung die Nichtigkeit der Gesellschaft wegen Verstosses gegen das Gebot der Volleinzahlung nach sich zieht[103]. Das neue Gesetz

---

101) Vgl. WIEDEMANN, a.a.O., S. 39.

102) "constitution" bedeutet regelmässig Abschluss des Vertrages, vgl. HAMIAUT, Bd. I, S. 49 zu art. 37.

103) Grundlegend Civ. 16.1.194o, JCP 4o, 2. 1459 gegen Requ. 7.12.1936, JCP 36, 2. 9O.

verhängt dagegen die Nichtigkeit nur dann, wenn eine Vorschrift sie ausdrücklich anordnet (art. 36o). Für die Sachgründung besteht eine solche Vorschrift nicht. Der Schluss ist logisch, dass das neue Gesetz die Nichtigkeit bei der Sachgründung ausschliesst. Das erste Urteil zum neuen Gesetz hält jedoch die alte Rechtsprechung aufrecht[1o4]: Eine so weitgehende Überbewertung, dass die Einlage wertlos ist, habe immer noch die Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge. Sie stelle nämlich einen Verstoss gegen art. 1833 C. civ. dar, der die Notwendigkeit einer Einlage durch jeden Gesellschafter vorschreibt. Da es sich bei art. 1833 C. civ. um eines der grundlegenden Prinzipien des Gesellschaftsrechts handele, könne nur die Nichtigkeit verhängt werden[1o5]. Diese Entscheidung ist abzulehnen, da sie nicht nur den Wortlaut des art. 36o missachtet[1o6], sondern auch den Sinn des Reformgesetzes verfälscht: Dieses hat auf die Nichtigkeit im Rahmen der Sachgründung verzichtet und dagegen die Haftung und die Publizität für den Schutz der Dritten vorgesehen. Auch eine schwerwiegende Überbewertung kann daher nur zur Deckungspflicht der Einleger führen.

Eine zweite Streitfrage betrifft die Rechtsnatur der Haftung aus art. 4o Abs. 2. Ein Teil des Schrifttums betrachtet die Regel als eine widerlegliche Verschuldensvermutung. Das bedeutet, dass die Gründer sich durch den Beweis ihres guten Glaubens exkulpieren könnten[1o7].

1o4) Trib. com. Honfleur 2o.11.197o, Rev.Soc. 71, 179 und die Anmerkung J.H.

1o5) Vgl. PLANIOL-RIPPERT-BOULANGER, Bd. XI von LEPARGNEUR, Nr. 1oo7; de la MORANDIERE, Droit Civil Bd. 3, Nr. 44o.

1o6) "Die Nichtigkeit einer Gesellschaft ... kann nur aus einer ausdrücklichen Vorschrift des vorliegenden Gesetzes oder der Texte abgeleitet werden, die sich mit der Nichtigkeit der Verträge befassen"

1o7) PIC-BARATIN, Nr. 134; HOUPIN-BOSVIEUX, Bd. II, Nr. 1512; neuestens auch wieder J Cl S^{tes}, a.a.O., Nr. 161 ff.

Auch diese Meinung ist abzulehnen. Es war, wie die Vorarbeiten ergeben, Absicht des Gesetzgebers, die Haftung als gesetzliche Deckungspflicht auszugestalten[108]. Auch ist die These von der Verschuldensvermutung mit der Regelung der Gründungsprüfung nicht zu vereinbaren. Denn wenn die Haftung der Gründer auf Verschulden beruht, müsste eine mit der sachverständigen Prüfung übereinstimmende Bewertung automatisch den guten Glauben und damit die Exkulpation nach sich ziehen. Das ist aber nicht der Fall, da das Gesetz der Prüfung keinen Einfluss auf die Bewertungsfreiheit der Gesellschafter zugesteht. Die Haftung der Gründer ist also mit der h.M. als eine verschuldensunabhängige Deckungshaftung zu verstehen[109]. Diese Auslegung entspricht dem Ziel der Vorschrift, den Gläubigern in jedem Fall die Vollständigkeit des Kapitals zu gewährleisten, und der engen personellen Verbindung in der GmbH, die auch die Begründung für die gesamtschuldnerische Haftung aller Gründer ist[110].

Das französische System der Sachgründung beruht also im Ergebnis auf einer Verbindung zwischen einer weitgehenden Bewertungsfreiheit und einer scharfen Haftungsregelung. Dabei trifft die Haftung alle Gründer als Gesamtschuldner. Diese Haftung kann von jedem interessierten Dritten geltend gemacht werden. Dies begründet sich wie folgt: Die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht hat in der Regel die absolute Nichtigkeit (Nullité absolue) zur Folge, welche von jedem Dritten geltend gemacht werden kann. Der Gesetzgeber hat auf die Verhängung der Nichtig-

---

108) HAMIAUT, Bd. I, S. 52 a.E.

109) Paris, 23.12.1939, D cr. 41, 45; RIPERT-ROBLOT, Bd. I, Nr. 824; HAMEL-LAGARDE, Bd. I, Nr. 790; HOUIN-RODIERE, Bd. I, Nr. 433; de JUGLART-IPPOLITO, a.a.O., Nr. 545; vgl. auch BATTES, Überbewertung, S. 25 ff.

110) Vgl. ROUSSEAU, Traité, Nr. 22, a.A. nun ders., J Cl Stés, a.a.O., Nr. 161.

keit als seinen Zielen widersprechend verzichtet, jedoch nicht auf die Regelung des Anspruchs. Somit bleibt der Anspruch nicht auf den Kreis der effektiven Geschädigten begrenzt, wie es bei der Verschuldenshaftung normal wäre[110a)].

Die Leistung ist jedoch m.E. an die Gesellschaft zu richten, da Zweck der Haftungsnorm gerade nicht der Ersatz eines Schadens ist, sondern die ordentliche Konstituierung der Gesellschaft[111)]. Angelpunkt des gesamten Systems ist dabei die Bewertungsfreiheit, die erst die Haftung ermöglicht.

3) Probleme der Nachgründung

Die im deutschen RegE (§ 28) behandelte Frage der Nachgründung lässt das französische Recht völlig ausser Acht. Die Einführung von Nachgründungsvorschriften ist weder in der Diskussion um die Erneuerung des Gesetzes von 1925 noch in den Vorarbeiten zum Gesetz von 1966 auch nur erwähnt worden. Das gilt nicht nur für die GmbH. Auch im neuen Aktienrecht besteht keine den §§ 52 - 53 AktG entsprechende Norm. Man geht in Frankreich offenbar davon aus, dass die Umgehung der Sachgründungsnormen durch eine Nachgründung nach den Vorschriften über Verträge zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bzw. Geschäftsführer (art. 5o) erfasst werden, die eine Genehmigung derartiger Verträge durch die Gesellschafterversammlung verlangen.

110a) ROUSSEAU, Traité, Nr. 22 ff m.w.N.

111) So auch J Cl Stés, a.a.O., Nr. 163; a.A. BATTES, a.a.O., S. 26 ff, der einen Zahlungsanspruch des Dritten annimmt.

c) Die Sachgründung in der deutschen Reform

Von der in ihrem Grundgedanken recht einfachen Lösung des französischen Rechts hebt sich die Regelung der deutschen Reformentwürfe durch ihr komplexes Zusammenspiel von präventiven und repressiven Massnahmen stark ab. Die Reform führt zu einer bisher nicht gekannten Anhäufung von Vorschriften.

1) Analyse der Vorschriften des Regierungsentwurfs

Die scharf kritisierten Bestimmungen des RefE sind im RegE nur geringfügig abgeändert worden. Die Grundtendenz ist im vollen Umfang aufrechterhalten worden.

Der RegE widmet der Sachgründung die §§ 11, 14, 15, 18, 19 Abs. 2, 2o, 21 Abs. 3, 24, 25 Abs. 2 und 26 Ziffer 2. Die Ausweitung gegenüber der - allerdings wirklich zu begrenzten - Regelung des geltenden Rechts ist also beträchtlich.

Vorbeugend wirken in diesem System die aus § 5 GmbHG übernommene Pflicht zur Bezeichnung der Sacheinlagen und der Sacheinleger im Gesellschaftsvertrag (§ 11 RegE), die Pflicht, in einem Sachgründungsbericht die vorgenommene Bewertung zu rechtfertigen (§ 14 RegE), sowie die auf gewisse, besondere Einlagen beschränkte Gründungsprüfung durch unabhängige Sachverständige (§ 15 RegE). Im Zusammenhang mit der erweiterten Prüfungspflicht des Registerrichters (§ 2o RefE) sind die Gründer weiterhin gezwungen, die Einlagenverträge, den Gründungsbericht und die Unterlagen für die Bewertung beim Handelsregister einzureichen (§ 19 Abs. 2 RegE). Dabei sind der Sachgründungsbericht und die Schlusserklärung der Gründungsprüfer zur Information der Aussenstehenden offenzulegen (§§ 14, 15 Abs. 2 RegE).

Nach erfolgter Eintragung der neuen Gesellschaft lastet auf den Einbringern eine verschuldensunabhängige Wertdeckungshaftung, die in etwa dem französischen Muster entspricht (§ 24 RegE); sie ist auf 5 Jahre beschränkt. Es handelt sich dabei um eine reine Innenhaftung, die nur auf dem jeweiligen Inferenten lastet. Neben dieser Haftung besteht bei vorsätzlicher bzw. grob fahrlässiger Schädigung der Gesellschaft durch Sacheinlagen eine gesamtschuldnerische Haftung der Gründer (§ 25 Abs. 2) oder anderer dafür verantwortlicher Personen (§ 26 Abs. 2 RegE).

Diese Anhäufung von Vorschriften dient ohne Zweifel vordringlich dem Gläubigerschutz. Die Erklärungen, die der Entwurf abgibt, sprechen ebenso dafür[112], wie auch die Offenlegungspflichten: Einen anderen Adressaten als den Gläubiger kann man für die Publizität des Sachgründungsberichts und der Schlusserklärung der Gründungsprüfer nicht erkennen[113]. In erster Linie im Interesse der Gläubiger steht auch die Haftungsregelung des § 24 RegE, da die Sachgründung einen der grössten Gefahrenpunkte für das Kapital und damit für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger darstellt.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine derartige Häufung von Massnahmen tatsächlich notwendig ist, um den Gläubigerschutz und die ungeschmälerte Kapitalaufbringung zu sichern. Die Stimmen fehlen nicht, die die Meinung vertreten, schon die Regelung des geltenden Rechts, so wie sie durch Rechtsprechung und Schrifttum ausgestaltet ist, sei genügend sicher, und die daher der neuen Regelung prinzipiell ablehnend

---

112) Vgl. die Erl. z.RefE, S. 145, 151 ff; Begr. z. RegE, S. 82, 91 ff.

113) H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 23 m.w.N.

gegenüberstehen[114]. Das aber würde bedeuten, dass man den Meinungsstreit im geltenden Recht[114a] übersieht oder die offenen Fragen als gelöst betrachtet. Das ist nicht der Fall. Eine genauere Fassung des Sachgründungsrechts, insbesondere in Betracht der streitigen Fragen der Deckungszusage, erscheint wünschenswert. Jedoch stimmt die Kumulierung des RegE misstrauisch. Eine kritische Untersuchung der Regelung ist daher angezeigt.

2) Kritische Beurteilung der Sachgründung in der Reform

Abgesehen von der Kritik an der formellen Gestaltung, insbesondere an der Streuung der Vorschriften im Text[115], muss sich die Untersuchung an den wichtigen Neuerungen der Reform ausrichten. Unter ihnen scheinen die Regelung des Satzungsinhalts und des Sachgründungsberichts problemlos, da sie entweder dem geltenden Recht entsprechend oder aber ehemals interne Vorgänge zur besseren Information Dritter offenlegen lassen. Eine unangemessene Belastung oder eine Pflicht zur Veröffentlichung geheimer Vorgänge enthalten diese Bestimmungen nicht[116].

Weitaus problematischer sind die neuen Hauptpfeiler der Reform: Die neue Gründungsprüfung des § 15 RegE ist überhaupt fragwürdig. Dabei erregt auch die Ausweitung der richterlichen Prüfung in § 2o RegE Zweifel. Schliesslich bedarf auch das Verhältnis zwischen den Prüfungsregeln und der Haftungsvorschrift des § 24 RegE einer näheren Betrachtung, da zum Beispiel das französische Recht hier die Anhäufung als sinnlos erscheinen lässt. Dagegen sind die Schadenersatzvor-

---

114) So z.B. BARZ, a.a.O., S. 46; ULMER, a.a.O., S. 51; H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 25.

114a) Vgl. oben, S. 3o

115) ULMER, a.a.O., S. 51

116) BARZ, a.a.O., S. 48

schriften der §§ 25, 26 RegE wiederum problemlos, da sie im wesentlichen die schon im geltenden Recht verankerte Haftung gemäss § 826 BGB übernehmen[117].

aa) Fragen der Gründungsprüfung

Die durch § 15 RegE eingeführte Gründungsprüfung war von Anfang an umstritten[118]. Daran war allerdings auch die missverständliche Formulierung des RefE nicht unbeteiligt. Sie liess vermuten, dass die Prüfung ohne Unterschiede bei jeder Sacheinlage gefordert wurde. Diesem Eindruck war entgegen der Aussage der Erläuterungen ein Teil des Schrifttums erlegen[119], während die anderen Autoren die missglückte Fassung scharf tadelten[120]. Der RegE hat nun die Formulierung soweit berichtigt, dass ein Missverständnis über das Ausmass der Prüfung nicht mehr möglich ist.

Es steht nunmehr fest, dass eine Gründungsprüfung nur noch dann erforderlich ist, wenn Wertpapiere ohne Börsen- oder amtlich festgesetzten Marktpreis, oder aber andere Gegenstände als Sachen i.S. des § 90 BGB eingebracht werden. Daunter versteht der Entwurf in erster Linie Forderungen, Lizenzen, Patente und dergleichen, also Sacheinlagen, die seit langem als missbrauchsträchtig bekannt sind und die auch das französische Recht mit beträchtlichem Misstrauen betrachtet[121].

---

117) Vgl. BAUMBACH-HUECK, Anm. 8 C zu § 5 GmbHG; der RegE dehnt auf grobe Fahrlässigkeit aus.

118) Schon die Sachverständigenkommission beim BJM lehnte sie ab, vgl. ULMER, a.a.O., S. 51; BARZ, GmbHR 1963, 127.

119) Vgl. Erl. z.RefE, S. 152; ULMER, a.a.O., S. 51; H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 24.

120) BARZ, a.a.O., S. 49; GESSLER, BB 1971, 666; CENTRALE, 3. Stellungnahme, S. 4.

121) Begr. z. RegE, S. 87; FRAENKEL, a.a.O., S. 56 ff; vgl. oben S. 32

Trotzdem erscheint die Gründungsprüfung auch in der gemilderten Form als für die GmbH ungeeignet. Sie ist vom Ursprung her eine Institution des Aktienrechts und nur schwer mit der Tradition der Gründungsfreiheit in der GmbH zu vereinbaren[122]. Deswegen sollte eine Übernahme so weit wie möglich vermieden werden. Denn die Hinweise darauf, dass die Liberalität des geltenden Rechts in der Praxis kaum zu Klagen geführt hat, sprechen eindeutig gegen die Regelung[123]. Die Berufung auf das französische Recht ist nicht stichhaltig: Einmal ist dort das Prüfungsergebnis nicht verbindlich für die Gesellschafter, und zum anderen geht die Prüfung durch den Sachverständigen nicht einer registerrechtlichen Prüfung vorher, da letztere in Frankreich nicht besteht.

Die Prüfung durch unabhängige Sachverständige stellt im übrigen eine nicht zu unterschätzende Belastung durch Zeitverlust und Kosten dar. Die besondere Prüfung ist keineswegs kostenlos, und der Kleingesellschaft ist das Verhältnis zwischen Kapital und Gründungskosten wahrscheinlich unzumutbar, wenn sie einen Sachverständigen bezahlen muss[124]. Der Zeitverlust wird ebenfalls nicht unbeträchtlich sein. Es wird mit Recht darauf hingewiesen, dass die Gründer in ungünstig gelagerten Fällen schon von sich aus einen Sachverständigen hinzuziehen müssen, um überhaupt die Bewertung in der Satzung vornehmen zu können. Zu diesem Zeitaufwand kommt dann noch der der Pflichtprüfung. So wird die Sachgründung, sobald etwas aussergewöhnliche Sacheinlagen oder -übernahmen vorgenommen werden, zu einer zeitraubenden Angelegenheit, die aufgrund der nochmaligen Prüfung durch den Registerrichter nicht einmal die

---

122) Vgl. BARZ, a.a.O., S. 49 ff; IMMENGA, a.a.O., S. 395.

123) BARZ, a.a.O., S. 46 f; H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 25 m.N.

124) BARZ, a.a.O., S. 51.

endgültige Sicherheit für die Eintragung bietet[125)].

Im Ergebnis ist also die Gründungsprüfung schon aus diesen Gründen abzulehnen. Sie entspricht nicht dem von der Rechtstatsachenforschung als in der Praxis vorherrschend festgestellten Typ der GmbH[125a)], findet im Vergleich mit den Auslandsrechten keinen Rückhalt und ist teuer, ohne die Gesellschafter vom Risiko der Nichteintragung zu befreien.

Zwar soll die Prüfung nur noch bei gewissen Sacheinlagen vorgenommen werden. Jedoch ist es zweifelhaft, ob dies eine tatsächliche Erleichterung darstellt, da die GmbH gerade zur Auswertung von Patenten etc. mit Vorliebe benützt wird. Immerhin zeigt die Änderung gegenüber dem RefE, dass die in der Diskussion vorgebrachten Argumente gegen die Prüfung auf die Fassung des RegE nicht ohne Einfluss geblieben sind.

bb) Die Rolle des Registergerichts

Der § 2o RegE verpflichtet das Registergericht, vor der Eintragung ausnahmslos der Bewertung nachzugehen, wobei es sich auf die gem. § 19 RegE eingereichten Unterlagen und auf den Prüfungsbericht stützen kann. Damit wird seine Prüfungspflicht ausdrücklich bestätigt, die bisher aus § 12 FGG i.V. mit § 38 Abs. 2 AktG abgeleitet wurde[126)]. Der RegE geht aber in der Regelung der Ausdehnung der Prüfung weit über das geltende Recht hinaus: Er verpflichtet das Gericht zur Ablehnung der Eintragung, wenn der Wert der Einlagen nicht mit dem Wert der dafür gewährten Leistungen genau übereinstimmt.

---

125) BARZ, a.a.O., S. 5o; H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 24

125a) Vgl. oben, S. 17 ff.

126) ULMER, a.a.O., S. 52 gegen GESSLER, GmbHR 1966, 1o7; vgl. aber nunmehr dens., BB 1971, 666

Das geltende Recht stellt dagegen auf offensichtliche Überbewertungen, der RefE auf nicht unwesentliche Abweichungen ab (§ 2o Abs. 2 RefE).

Diese Bestimmung stellt zwei Fragen: Sie geht mit der Prüfung durch Sachverständige gem. § 15 parallel, was Zweifel an deren Notwendigkeit erweckt. Zum anderen erscheint es zweifelhaft, ob angesichts der Deckungshaftung aus § 24 RegE die Änderung des geltenden Rechts notwendig ist. Die Prüfungspflicht des Richters gem. § 12 FGG in Verbindung mit § 38 II Aktiengesetz genügt m.E., da sie sich als durchaus fähig gezeigt hat, offensichtliche Schwindelgründungen präventiv zu verhindern.

Die Prüfung durch das Gericht gem. § 2o RegE führt aber zudem zu einer Verdoppelung der Prüfungsinstanzen. Der RegE zwingt die Sachgründer zu der Bestellung von Gründungsprüfern. Deren Ergebnisse kann der Richter jedoch nicht übernehmen, da seine Prüfungspflicht unabhängig von der Sachverständigenprüfung besteht.

Gemäss dem in der freiwilligen Gerichtsbarkeit herrschenden Amtsprinzip ist der Richter zur gewissenhaften Prüfung der GmbH-Gründung verpflichtet. Dies wird durch den Wortlaut des § 2o RegE noch bekräftigt. Zielsetzung der gerichtlichen Prüfung muss es mithin sein, die Werthaltigkeit der Sacheinlagen im Verhältnis zu den gewährten Geschäftsanteilen festzustellen. Da er sich in schwierigen Fällen eines Sachverständigen wird bedienen müssen, - was der RegE erkannt hat[127] - ist ein sachlicher Unterschied zwischen beiden Prüfungen nicht mehr festzustellen.

---

127) Begründung zum RegE, S. 95

Sind aber Zweck, Ausdehnung und Methoden der beiden Prüfungen dieselben, ist nicht einzusehen, warum dieselbe Einlage zweimal geprüft werden soll. Die erste Prüfung garantiert keinesfalls eine Eintragung, wenn der Registerrichter andere Ergebnisse erreicht als der Sachverständige, wenn der Sachverständige sich geirrt hat, oder wenn der Wert der Sacheinlage sich zwischen der Gründungsprüfung und der richterlichen Prüfung nach unten verschoben hat[128]. Eine doppelte Prüfung ist nicht zumutbar, da sie die These von der einfachen GmbH-Gründung ad absurdum führt. Bei dieser Sachlage sollte man auf die Prüfung aus § 15 RegE völlig verzichten und nur die traditionelle Kontrolle der Gründung durch den Registerrichter beibehalten. Die Gründer werden dadurch erheblich entlastet, die Gläubiger tragen dadurch kein erhöhtes Risiko[129].

Ein wirksames Zusammenspiel zwischen präventiver Prüfungsregel und Haftungsnorm (§ 24 RegE) ist somit gegeben. Eine Begründung der Sachverständigenprüfung kann daher nicht festgestellt werden. Die Haftungsregel schützt zudem die Gläubiger in einem Umfang, der den Verzicht auf die Prüfung auf Wertübereinstimmung rechtfertigt. Es erscheint daher nicht unbedingt erforderlich, den Richter zur genauen Überprüfung aller Wertansätze zu verpflichten[130].

Aus dem geltenden Recht sind keine schwerwiegenden Nachteile der Überprüfung auf nur offensichtliche Überbewertungen bekannt[130a]. Der Richter hat in einem solchen System die Möglichkeit, sich auf die wirklich be-

---

128) BARZ, a.a.O, S. 53 f; H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 24.

129) Vgl. FN 128.

130) ULMER, a.a.O., S. 52; H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 25 f.

130a) Vgl. oben, S. 43

denklichen Fälle zu konzentrieren. Für gängige Einlagen verfügt er über Sachgründungsbericht und Bewertungsunterlagen, um schnell zu einer Überzeugung zu kommen. Hat er bei komplexen Einlagen Bedenken, kann er auch in dem geltenden Recht eine genauere Prüfung veranlassen, ja die Offizialmaxime verpflichtet ihn dazu. Im übrigen lässt ihm das geltende Recht einen Ermessenspielraum, der ihn von unnötigen Kontrollen befreit. Sollte ihm dabei eine Überbewertung entgehen, oder sollte er einen Mangel nicht erkannt haben, so wird die vollständige Aufbringung des Kapitals durch die Haftungsregel gewährleistet.

cc) Fragen der Deckungshaftung

Im Zentrum der Diskussion steht neben der Frage der Gründungsprüfung vor allem die nach Sinn und Zweck der verschuldensunabhängigen Deckungshaftung des Sacheinlegers gemäss § 24 RegE. Dabei ist der enge Zusammenhang zwischen den beiden Punkten nicht zu verkennen. Grundsätzlich sollte eine so scharfe Prüfungsordnung, wie sie aus dem Zusammenspiel zwischen den §§ 15 und 20 RegE resultiert, einen Ausschluss der Haftung zur Folge haben, da sie im Grunde jede Überbewertung ausschliesst. Wenn sie die Gründer einer Prüfung unterwerfen, so ist - ähnlich wie im italienischen Recht - die logische Folge, dass eine Haftung nicht mehr notwendig ist[132]. Dass Prüfung und Haftung nicht vereinbar sind, wird häufig vertreten[133], und selbst wenn man die Gründungsprüfung des § 15 RegE ablehnt, sollte

131) IMMENGA, a.a.O., S. 395.

132) vgl. LUTTER, Kapital, S. 262 ff.

133) BARZ, a.a.O., S. 5o f; IMMENGA, a.a.O., S. 395; BATTES, GmbHR 1969, 253.

dieses Argument auch bei einer so intensiven gerichtlichen Kontrolle gelten, wie sie dem Entwurf vorschwebt.

Diese Argumentation verkennt aber die besonderen Erfordernisse der Kapitalaufbringung gerade bei Sacheinlagen. Sie berücksichtigt das Risiko der unerkennbar mangelhaften oder ungeeigneten Sacheinlage nicht. Gerade an diesen Fällen hat sich aber die Lehre von der Deckungszusage entwickelt, auf der der Entwurf ausdrücklich aufbaut[134]. Zwar wollte die Rechtsprechung für den Fall, dass die Einlage einen Mangel aufweist, der sie für die Gesellschaft sinnlos macht, die Kaufregeln analog anwenden[135]. Jedoch entspricht die Deckungshaftung weit eher den Interessen der Gläubiger wie auch der Gesellschaft. Nimmt man an, dass "in dem Einlageversprechen eine Deckungszusage enthalten ist"[136] so tritt an die Stelle des Sacheinlageversprechens, das nicht mehr zu halten ist, die Pflicht zur Einlage in bar, die die volle Aufbringung des Stammkapitals gewährleistet. Dabei kann auf ein Verschulden naturgemäss keine Rücksicht genommen werden.

Die gesetzliche Anordnung einer verschuldensunabhängigen Deckungshaftung entspricht durchaus den Erfordernissen der ordentlichen Kapitalaufbringung und damit auch des Gläubigerschutzes. Denn die Überbewertung einer Sacheinlage bedeutet regelmässig, dass das reale Stammkapital niedriger ist, als die in der Satzung angebene Summe. Der Einleger hat damit seine Pflicht nicht erfüllt, er muss also den Wertunterschied in Geld decken. Das Risiko, das mit der Bewertung der Sacheinlage

---

134) Begr. z. RegE, S. 97.

135) RG 68, 271; dazu SCHÖMLE, NJW 1965, 2133.

136) Begr. z. RegE, S. 97; vgl. schon die Erl. z. RefE, S. 162.

verbunden ist, und die Risiken, dass die Einlage mangelhaft oder unbrauchbar ist, muss dem Rechtsbereich der Gesellschafter zugewiesen werden. Denn sie gelangen in den Genuss der Haftungsbeschränkung, weswegen sie "näher daran" sind, die Risiken der Sachgründung zu tragen[137].

Die Deckungshaftung ist das beste Mittel, den Gesellschaftern allein das Risiko der Sachgründung zu übertragen. Sie genügt aber auch zur Erreichung dieses Ziels. Die Einführung dieser Bestimmung stellt mithin das beste Argument gegen die objektive Gründungsprüfung dar. Die Sicherheit der Gläubiger ist weitgehend gewährleistet, wenn auch z.B. die Zahlungsunfähigkeit eines Sacheinlegers nicht ausgeschaltet werden kann. Die Prüfung stellt eine zusätzliche Belastung der Gründer dar, auf die verzichtet werden kann[138]. Aus demselben Grund kann auch auf die eingehende richterliche Prüfung gem. § 20 RegE verzichtet werden.

Dem wird entgegengehalten, dass allein die Prüfung die sofortige volle Existenz des Stammkapitals ermöglichen kann[139]. Das Argument trifft nicht zu. Zwar ist die Volleinzahlung gerade aus diesem Grunde vorgeschlagen worden. Jedoch liegen die Dinge bei der Sachgründung anders, da ein zusätzliches Risiko in der Bewertung liegt. Diesem Risiko ist, wie gesagt, nur mit der Deckungshaftung zu begegnen, die die für die Gläubiger günstige Lösung darstellt. Dagegen beinhaltet die Prüfung einen Unsicherheitsfaktor, der durch die Haftungsregelung beseitigt werden muss. Im Ergebnis stellt die Haftungsregelung eine weitgehende Sicherheit der Gläubiger mit verhältnismässig einfachen Mitteln sicher.

---

137) WIEDEMANN, Festschr. f. Hirsch, S. 257 ff; H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 27; BARZ, a.a.O., S. 53.

138) BARZ, a.a.O., S. 53; H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 27; SCHILLING, Probleme, S. 218.

139) So BATTES, GmbHR 1969, 253

dd) Fragen der Nachgründung

Im Gegensatz zu den EWG-Rechten[140] führt der RegE eine Regelung der Nachgründung in das GmbHG ein (§ 28 RegE), die sich eng an die §§ 52, 53 AktG anlehnt. Jedoch greift die Vorschrift aufgrund des niedrigen Mindestkapitals schon bei Geschäften über 25 % des Stammkapitals ein, d.h. unter Umständen bereits bei Summen von DM 12.5oo,--.[140a]

Die Notwendigkeit der Norm ist zweifelhaft. Sie verliert einen Grossteil ihrer Bedeutung allein dadurch, dass ein Verzicht auf eine erschwerte Sachgründung wie im RegE den Anreiz zu Umgehungen mindern würde. Weiterhin spricht gegen die Norm, dass im AktG eine Anzahl von ungeklärten Fragen zur Nachgründung bestehen, die durch die neue Vorschrift auch in die GmbH übertragen würden[140b]. Aus diesen Gründen, und um der GmbH des deutschen Rechts Nachteile gegenüber ausländischen Gesellschaften zu ersparen, sollte die komplexe Regelung der Nachgründung aufgegeben werden.

d) Zusammenfassung

Das französische Recht löst die Fragen der Sachgründung durch eine Pflichtprüfung und eine verschuldensunabhängige Deckungshaftung, die durch Dritte geltend gemacht werden kann. Dabei ist zu beachten, dass infolge der besonderen Gründungsregeln des französischen Rechts die Prüfung eine besondere Rolle spielt. Sie tritt an die Stelle der richterlichen Kontrolle des deutschen Rechts, die in Frankreich weiterhin unbekannt ist. Einen Einfluss

---

140) LUTTER, Kapital, S. 288, 316 ff; vgl. oben S.

140a) Bei einem Mindeststammkapital von DM 5o.ooo,--, wie es der RefE vorsieht.

140b) So auch BARZ, a.a.O., S. 56 f; WINTER, Probleme, S. 211; CENTRALE, 3. Stellungnahme, S. 5; a.A. ULMER, a.a.O., S. 53.

auf die Bewertungsfreiheit hat die Prüfung nicht, da sie nach dem Willen des Gesetzgebers im Innenverhältnis ausgleichend wirken soll. Das Gegenstück zur Bewertungsfreiheit bildet die gesamtschuldnerische Dekkungshaftung der Gründer. Dieses System wahrt die Interessen der Gläubiger, hält aber die Tradition der Gründung der GmbH ("leichte Gründung - schwere Haftung"[141]) aufrecht.

Dagegen führt die kritische Untersuchung der Bestimmungen des RegE zur Ablehnung der Neuordnung. Diese häuft eine solche Masse an Vorsichtsmassnahmen auf, dass die Sachgründung diskriminiert wird. Gründungsprüfung und Ausdehnung der richterlichen Prüfung und Deckungshaftung zusammenzuschliessen, ist mit der Natur der GmbH nicht mehr zu vereinbaren. Es sollte daher nach dem französischen Muster nur die Deckungshaftung beibehalten werden. Dazu ist die richterliche Kontrolle in ihrer derzeitigen Ausdehnung beizubehalten. Um dem personenbezogenen Charakter der GmbH gerecht zu werden, sollte die Deckungshaftung allerdings gesamtschuldnerisch ausgestaltet werden, was einen zusätzlichen Schutz der Gläubiger gegen Zahlungs- oder Haftungsunfähigkeit eines Einlegers darstellen würde[142) 143)].

Die Untersuchung der Sachgründungsvorschriften zeigt deutlich, dass das Bestreben nach Gläubigerschutz den RegE zu unzumutbaren Erschwerungen für die Gründer verleitet. Der dem Entwurf zugrunde liegende Begriff des Gläubigerschutzes ist zu wenig flexibel. Die Beeinflussung durch das AktG ist gerade bei der Sach-

---

141) SCHILLING, Probleme, S. 218.

142) Vgl. oben, S. 48.

143) Der RegE erreicht allerdings dasselbe Ergebnis dadurch, dass er die gesamtschuldnerische Haftung des Kaduzierungsverfahrens auch auf die Deckungsschuld anwendet (§ 24 i.V.m. § 32 RegE).

gründungsregelung offendeutig, wobei der Entwurf in der Beibehaltung der Haftungsregel noch über dies hinausgeht. Das Bestreben nach dem bestmöglichen Gläubigerschutz lässt die spezifischen Eigenschaften der GmbH vergessen.

Gläubigerschutz ist aber nicht gleichbedeutend mit der Erreichung eines perfekten Schutzes, sondern bedeutet eine Anpassung von Schutzbestimmungen an die tatsächlichen Verhältnisse. Der Schutz der Aussenstehenden wird durch die Haftung genügend gewährleistet. Die Haftungsregelung berücksichtigt das Interesse der Gründer an einer leichten Gründung der GmbH und entspricht den im allgemeinen für diesen Gesellschaftstyp vorgesehenen Mitteln. Die Regelung des Entwurfs dagegen bewertet die Interessen der Gläubiger zu hoch. So wie der Entwurf hier den Gläubigerschutz versteht, muss damit gerechnet werden, dass er zu einer Fessel für die GmbH wird.

§ 2: Probleme der Kapitalerhaltung

Die Aufbringung des Kapitals wird durch die Bestimmungen zur Bar- und zur Sachgründung gewährleistet. Dieselben Vorschriften sichern auch dann den Gläubigerschutz, wenn das Kapital im Verlauf des Gesellschaftslebens erhöht werden soll. Das gilt insbesondere für Kapitalerhöhungen gegen Sacheinlagen, die entgegen der Regelung im RefE nun auch der Prüfung und der Haftung unterliegen[144]. Das oben Gesagte gilt also auch für diese Fälle. Der Schutz der Gläubiger ist auch bei der Herabsetzung des Kapitals durch besondere Vorschriften gesichert. Bekanntmachungs- und Sicher-

144) §§ 155, 161 RefE gegen §§ 159, 165 RefE

heitsleistungsbestimmungen sowie die Möglichkeit, Befriedigung zu erlangen, sollen der Kapitalherabsetzung die Gefährlichkeit nehmen[145].

Der Gläubigerschutz verlangt aber, dass auch ausserhalb der gesetzlich geregelten Änderungen der Kapitalziffer die Erhaltung des Kapitals gesichert wird. Gefährdet ist das Kapital in diesem Bereich durch Betriebsverluste, die es in Mitleidenschaft ziehen. Hiergegen ist allerdings nur ein vorbeugender Schutz durch Information möglich, wenn man einmal von der Regelung des art. 68 G. v. 1966 absieht: Die Gesellschaft hat sich entweder aufzulösen oder aber ihr Kapital herabzusetzen, falls die Bilanz einen Verlust aufweist, der die Nettoaktiva auf weniger als 1/4 des Kapitals absinken lässt[146]. Möglich ist es dem Gesetzgeber jedoch, gegen willkürliche Schmälerungen des Kapitals vorzugehen.

I. Vorbeugender Gläubigerschutz durch Publizität

Die Gläubiger benötigen zu der Beurteilung ihres Risikos bei der Eingehung von Beziehungen mit einer GmbH um so mehr Informationen, als sie gegen eine Verschlechterung der Vermögenslage der Gesellschaft anders nicht geschützt werden können. Es gibt aus diesem Grunde Stimmen, die der Offenlegung der Jahresabschlüsse auch der GmbH eine starke Rolle im Gläubigerschutz zuweisen[147]. Jedoch sind Notwendigkeit und Nutzen von Publizität im Bereich der GmbH umstritten[148].

---

145) §§ 179, 181 RegE; art. 63 fr. Gesetz.

146) HAMIAUT, Bd. I, S. 87 f.

147) Überlegungen bei LUCKAN-SCHACHT, DB 1970, 1449 (im Ergebnis zu weitgehend).

148) RITTNER, Probleme, S. 137 m.w.N.; FORSTER, GmbH-Reform, S. 94 m.w.N.

Die völlige Offenlegung von Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung birgt Gefahren für die GmbH, die mit denen der Offenlegung des Prüfungsberichtes bei der Sachgründung im RefE zu vergleichen sind: Die schwachen Punkte der Gesellschaft werden bekannt, so dass Konkurrenzunternehmen Angriffsmöglichkeiten erkennen können, die bei kleineren Unternehmen mit mangelnder finanzieller Widerstandskraft nicht selten sind. Gerade bei der Schärfe auch des internationalen Wettbewerbs sollte dies nicht unterschätzt werden[149].

Die allgemeine Publizitätspflicht diskriminiert die GmbH gegenüber den Personenhandelsgesellschaften, denen sie strukturell oft nahesteht. Für die Personenhandelsgesellschaften ist jedoch keine allgemeine Publizität nach dem hier angestrebten Muster vorgesehen, so dass nur die Grössenordnungspublizität für sie gilt[150]. Auch gegenüber den ausländischen GmbH entstehen Nachteile, da im Ausland keine oder nur die Grössenordnungspublizität besteht, wobei letztere z.T. nur die Offenlegung wirtschaftlicher Macht, nicht den Gläubigerschutz bezweckt[151]. Diese Nachteile werden aber nicht durch die erhoffte Gläubigerschutzwirkung aufgewogen. Für den Deliktsgläubiger ist die Publizität ohnehin wertlos. Der Vertragsgläubiger kann nur dann Nutzen aus den offengelegten Dokumenten ziehen, wenn er sie auszuwerten in der Lage ist, was gerade im Verkehr zwischen Kleingesellschaften nicht immer der Fall sein wird. Grossgläubiger, wie z.B. Banken, erhalten aber die Unterlagen ohnedies schon jetzt.

Der Gläubigerschutzeffekt der Publizität ist mithin als zweifelhaft anzusehen. Wohl deswegen, aber auch um einer Regelung des Problems im europäischen Rahmen

---

149) WINTER, Probleme, S. 213 f.

150) FORSTER, a.a.O., S. 120.

151) Vgl. art. 485 des fr. Gesetzes; WIEDEMANN, Haftung, S. 8.

nicht vorzugreifen, verzichtet der RegE auf eine Regelung des Problems[152].

II. Gläubigerschutz durch Vermögensbindung

Ein Schutz gegen Kapitalverluste ist nicht möglich. Die Publizität kann allenfalls durch Information eine Entscheidungshilfe für den "zukünftigen" Gläubiger sein. Daher muss sich der Gläubigerschutz während der Existenz der GmbH auf den Schutz des Kapitalfonds gegen Manipulationen beschränken. Besondere Aufmerksamkeit ist dabei dem Erwerb eigener Anteile und der Rückzahlung von Stammeinlagen zu widmen.

Ersteres Problem soll in der vorliegenden Untersuchung nicht behandelt werden, da das französische Recht den Erwerb eigener Anteile durch eine GmbH ausdrücklich untersagt[153]. Ein Methodenvergleich ist auf diesem Gebiet mithin nicht möglich.

Dagegen beschäftigen sich beide Reformen mit den Fragen der unerlaubten Gewinnausschüttung und der Rückzahlung des Stammkapitals. Sie haben dabei weitgehend den vorbestehenden Rechtszustand übernommen, wobei gewisse von der Rechtsprechung entwickelte, feststehende Lösungen in die Gesetze integriert worden sind.

a) Die Vermögensbindung im französischen Recht

aa) Der Umfang der Vermögensbindung

Wie sein Vorgänger geht auch das Gesetz von 1966 in

152) Ebenso wurde die Offenlegung des Sachprüfungsberichtes aufgegeben.

153) Art. 45 Abs. 7: Der Erwerb wird als nicht getätigt betrachtet, ist also unheilbar nichtig. Art. 45 Forts. S. 55.

dieser Frage vom Begriff der fiktiven Gewinnausschüttung aus, worunter es alle Zahlungen der Gesellschaft an Gesellschafter versteht, die keinem tatsächlich erworbenen Gewinn entsprechen, art. 67: "Die Rückerstattung derjenigen Auszahlungen, die keinem wirklich gemachten Gewinn entsprechen, kann den Gesellschaftern abverlangt werden, die sie empfangen haben. Der Rückzahlungsanspruch verjährt in drei Jahren nach dem Tag der Auszahlung"[154].

Diese Vorschrift schützt einmal das Kapital selbst, wobei die gem. art. 345 zu bildende gesetzliche Rücklage dem Kapital gleichgestellt wird[155]. Die Rechtsfolgen des art. 67 treten also ein, wenn die Gesellschafter Zahlungen erhalten, obwohl in der Bilanz kein Gewinn ausgewiesen wird, oder wenn die Zahlungen den Betrag des ausgewiesenen Gewinns übersteigen[156].

Zum anderen hat eine schon ältere Rechtsprechung den Wirkungskreis des art. 67 in gewissen Fällen auch auf die freien Rücklagen erstreckt. Eine Gewinnausschüttung, die durch Auflösung freier Rücklagen ermöglicht wird, ist immer dann als fiktiv zu betrachten, wenn die Auflösung nicht durch einen ordentlichen Beschluss der Gesellschafter genehmigt ist[157]. Die Rechtsprechung

---

Fortsetzung Fussnote 152:

Abs. 4 lässt als einzige Ausnahme den Erwerb eigener Anteile mit sofortiger Kapitalherabsetzung und Annulierung der Anteile zu. Zum deutschen Recht vgl. § 57 RegE und LUTTER, Probleme, S. 79, 83 ff.

154) Wortgleich mit art. 35 G. v.1925; die Rechtsprechung zu dieser Norm behält also ihre Gültigkeit.

155) Die gesetzliche Rücklage (= 10 % des Kapitals) wird durch jährliche Rücklage von 5 % des Reingewinns gebildet.

156) ROUSSEAU, Traité, Nr. 307 m.w.N.

157) Statt aller Crim. 11.7.1930, Dp 32, 1. 145; Crim. 22.1.1937, Dp 37, 1. 71.

betrachtet die freien Rücklagen als ein wichtiges Element der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft, die nur unter Wahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen verteilt werden können[158].

Es ist zu beachten, dass das ganze System nur auf der Grundlage wahrheitsgetreuer Bilanzen funktionsfähig ist. Der art. 67 bezieht sich daher auch auf Gewinnausschüttungen aufgrund falscher oder gefälschter Bilanzen ("nicht wirklich gemachte Gewinne"). Hauptsächlich soll der Bilanzunwahrheit jedoch durch die Verpflichtung der Geschäftsführung zur Beachtung der Grundsätze der ordentlichen Buchführung Einhalt geboten werden[159]. Dabei kommt den mit diesen Vorschriften verbundenen strafrechtlichen Sanktionen eine nicht unerhebliche vorbeugende Rolle zu[160].

bb) Der Rückerstattungsanspruch

Der Art. 67 gewährt einen Rückerstattungsanspruch. Jeder der Empfänger haftet dabei einzeln, eine gesamtschuldnerische Pflicht der anderen Gesellschafter einzuspringen, besteht nicht.

Es gibt aber im Gegensatz zur deutschen Lösung und auch zum französischen Aktienrecht, auch keine Rück-

---

158) Crim. 10.11.1942, JCP 43, 2. 2332; J.Cl Stés, Fasc. 77[1], Nr. 82 ff; ESCARRA-RAULT, Bd. I, Nr. 470; LUTTER, Kapital, S. 371 m.w.N.; vgl. auch Crim. 4.4.1949, JCP 49, 2. 5164.

159) Art. 340 - 353; Prüfung bei GmbH mit mehr als FF 300.000,-- Stammkapital art. 43, décret 67 - 236; MABILAT, Rev. Soc. 1970, 1 ff.

160) Art. 425: 1 bis 5 Jahre Gefängnis, 2.000 bis 40.000 FF Geldstrafe bei Bilanzfälschung

sicht auf den guten Glauben des Empfängers[161]. Das Gesetz stellt gleichsam eine "unwiderlegliche Vermutung des bösen Glaubens" auf, die sich zum Beispiel auch bei der ähnlichen Regelung im Personenhandelsrecht findet[162]. Der enge Verbund zwischen den Gesellschaftern und ihre beträchtlichen Kontrollrechte über die Geschäftsführung schliessen nach französischer Rechtsauffassung die Gutgläubigkeit aus. Denn der gute Glaube eines Gesellschafters bei einer unzulässigen Gewinnauszahlung wäre ein Beweis dafür, dass er in unentschuldbar fahrlässiger Weise seine Überwachungsrechte vernachlässigt hat[163].

Der Rückzahlungsanspruch kann von mehreren Personenkreisen geltend gemacht werden. In erster Linie ist die Gesellschaft an einer Rückzahlung interessiert. Falls die Geschäftsführer aber untätig bleiben, steht auch den Gesellschaftern derselbe Anspruch zu wie der Gesellschaft[164]. Eine Blockierung des Rückzahlungsanspruchs durch Untätigkeit aller Mitglieder der Gesellschaft ist dadurch verhindert worden, dass den in erster Linie an der Erhaltung des Kapitals interessierten Gläubigern ein eigener Anspruch zur Wiederherstellung des Kapitals zur Verfügung steht ("action directe")[165].

Neben der Rückzahlung kann auch eine Deliktshaftung gemäss att. 1382 ff. C.Civ. gegenüber den Geschäftsführern oder gegebenenfalls den Aufsichtsorganen geltend gemacht werden. Gläubiger dieses Anspruches sind die

---

161) Art. 347 - 350; HOUIN-RODIERE, Bd. I, Nr. 370.

162) HOUIN-RODIERE, a.a.O., Nr. 411.

163) ROUSSEAU, a.a.O., Nr. 308; ESCARRA-RAULT, a.a.O., Nr. 470; PIC-BARATIN, Nr. 324; zweifelnd HAMIAUT, Bd. I, S. 87.

164) "action sociale", ROUSSEAU, a.a.O., Nr. 308; CHESNE, RTDCom 1962, 347.

165) Cass. 3.8.1875, Dp 76, 1. 116; ESCARRA-RAULT, a.a.O., Nr. 470; RIPERT-ROBLOT, Bd. I, Nr. 876; LUTTER, a.a.O., S. 375.

Gesellschaft sowie solche Dritte, die einen Schaden nachweisen können[166]. Schliesslich sind die Geschäftsführer auch strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt, da die bewusste Ausschüttung fiktiver Gewinne ein Vergehen ("délit") darstellt[167].

b) Die Regelung der deutschen Reform

aa) Der Umfang der Vermögensbindung

Im Gegensatz zum französischen Recht begnügt sich der RegE in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht mit dem Schutz nur des Kapitals. Eine Anlehnung an das AktG hat nicht stattgefunden, obwohl die allgemeine Tendenz des Entwurfs dazu hätte führen können[168]. Es bleibt also dabei, dass Auszahlungen an Gesellschafter nur dann unzulässig sind, wenn sie sachlich eine Auszahlung von Teilen des Stammkapitals darstellen. Solange jedoch die Bilanz Aktiva ausweist, deren Wert nach Saldierung mit den Verbindlichkeiten den des Kapitals übersteigt, ist eine Gewinnauszahlung möglich. Auch an dem Grundsatz, dass eine Auszahlung auch dann möglich ist, wenn die Gesellschaft sofort eine vollwertige Gegenleistung erhält, ist festgehalten worden[169]. Ein besonderer Schutz der freien Rücklagen ist nicht gegeben.

Wie im französischen Recht, ist auch dieses System nur auf der Grundlage einer ordnungsgemässen Bilanz mög-

---

166) ESCARRA-RAULT, a.a.O., Nr. 47o; ROUSSAU, a.a.O., Nr. 3o8 m.N.

167) Art. 425; J Cl Stés a.a.O., Nr. 82 ff; daher stammt die zitierte Rspr. nur von Strafgerichten, die im Rahmen des Adhäsionsprozesses auch die gesellschaftsrechtlichen Fragen zu entscheiden haben, FERID, Bd. I, Rdz. 2M33 ff.

168) Begr. zu § 46 RegE, S. 1o8.

169) BAUMBACH-HUECK, Anm. 2 D zu § 3o GmbHG.

lich[170]. Während das geltende Recht der Rechnungslegung kaum Raum gewährt, hat der RegE eigene Vorschriften dazu erlassen, die sich eng an das Aktiengesetz anlehnen. Dieses entspricht der bisherigen Praxis[171].

bb) Folgen der unerlaubten Gewinnauszahlung

Wie schon bisher der § 31 GmbHG verlangt der § 47 RegE die Rückerstattung der widerrechtlich empfangenen Leistung, lässt aber den unterschiedlichen Umfang dabei bestehen. Mithin ist auch in Zukunft der gutgläubige Empfänger nur bei tatsächlich eingetretener Gläubigergefährdung zur Rückerstattung verpflichtet, der bösgläubige jedoch in jedem Fall. In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht definiert der Entwurf den bösen Glauben als Wissen oder grob fahrlässiges Nichtwissen um den Verstoss gegen § 46 RegE (= § 3o GmbHG), wobei die Beweislast der Gesellschaft obliegt[172].

Die Regelung des Entwurfs behält die Innenhaftung bei. Sie hält ebenfalls an der Tradition der pro-rata-Ausfallhaftung der anderen Gesellschafter im Falle der tatsächlichen Gläubigergefährdung fest. Damit ist er den Vorschlägen entgegengetreten, die an dieser Stelle eine gesamtschuldnerische Haftung aller Gesellschafter einführen wollten[173].

III. Zusammenfassung

Die Erhaltung des haftendes Kapitals wird von beiden

---

170) BAUMBACH-HUECK, a.a.O., Anm. 2 A.

171) Vgl. §§ 127 - 151 RegE.

172) H.M.; BAUMBACH-HUECK, Anm. 3 zu § 31 GmbHG; VOGEL, Anm. 3 zu § 31; weitgehend HACHENBURG-SCHMIDT, Anm. 4a zu § 31; Begr. z. RegE, S. 1o9; zur Beweislastfrage BAUMBACH-HUECK, Anm. 4 zu § 31; Begr. z. RegE, S. 1o9.

173) So IMMENGA, a.a.O., S. 398; dazu Begr. z.RegE, S. 1o9

Rechtsordnungen mittels der Verpflichtung der Gesellschafter zur Rückzahlung der widerrechtlich erlangten Ausschüttungen gewährleistet. Trotz abweichender Einzelheiten ist die Verwandtschaft der Systeme nicht zu verkennen. Beide beruhen auf der Vorbedingung der ordentlichen Bilanzführung und zielen auf eine schnelle Wiederherstellung des geschmälerten Haftungsobjektes. Im Ergebnis nehmen beide Gesetze den Gesellschaftern die Möglichkeit, ungestört die Gesellschaft Substanz zu entziehen.

Dabei sind aber nicht alle Einzelheiten der Kritik entzogen. Die im französischen Recht vorgenommene Ausdehnung des Schutzes auf die freien Rücklagen entspricht den Gegebenheiten des Aktienrechts. Sie ist schon deswegen für die Gläubiger einer GmbH wenig interessant, als ihnen mangels Publizität in der Regel kaum näheres über Existenz und Höhe der freien Rücklagen bekannt sein dürfte. Der im Aktienrecht massgebliche Gedanke, der Geschäftsleitung die freie Verfügung über einen wichtigen Teil des Gesellschaftsvermögens zu entziehen, findet aufgrund der engen persönlichen Verbindung in der GmbH dort keine Anwendung. Eine Ausdehnung des Schutzes in der GmbH erscheint somit nicht gerechtfertigt. Die Bestimmung des RegE entspricht besser den Gegebenheiten der GmbH, ohne den Gläubigern ein grösseres Risiko zu übertragen.

Dagegen erscheint der § 47 RegE nicht gegen jede Kritik gefeit. Er lässt ausser Acht, dass in der personalistischen GmbH kein Platz für den guten Glauben bleibt. Der Entwurf hat auf den Gutglaubensschutz bei der Haftung für die Aufbringung des Kapitals verzichtet. Bei der Erhaltung des Kapitals sind die dort gültigen Überlegungen ebenfalls zu beachten. Die Argumente, die in der französischen Reform zum Ausschluss der Gutgläubigkeit geführt haben, sind auch für die deutsche GmbH-Reform nicht ohne Gewicht.

Eine Ausnahme sollte nicht zulässig sein, wenn es um die Erhaltung der Zugriffsmasse der Gläubiger geht. Zwar erleichtert die in § 47 Abs. 2 RegE eingeführte Beweisregel den Ausschluss der Gutgläubigkeit, da es in der Kleingesellschaft im allgemeinen möglich sein dürfte, die Kenntnis oder die grob fahrlässige Unkenntnis eines Gesellschafters zu beweisen. Jedoch sollte der Entwurf hier analog zum französischen Recht die Berufung auf Gutgläubigkeit völlig ausschliessen.

Weiterhin sollte, anders als im französischen Recht und auch im RegE, das neue GmbHG eine gesamtschuldnerische Ausfallhaftung der Gesellschafter nach dem Vorbild der französischen Deckungshaftung für Sacheinlagen und der Regelung im Kaduzierungsverfahren des RegE (§ 32) enthalten. Eine solche Bestimmung brächte die engen Verbindungen zwischen den Gesellschaftern in der personalistischen GmbH besser zum Ausdruck und sie entspräche auch eher den Interessen der Gläubiger. Es ist m.E. nicht realistisch, hier - wie der Entwurf - einen Unterschied zu den Erfordernissen der Kapitalaufbringung zu sehen[173a)].

Auch sollte den Gläubigern eine Möglichkeit gegeben werden, die Rückzahlung zu fordern, wenn ihnen ein Verstoss gem. § 46 RegE bekannt geworden ist, die Gesellschaft jedoch aus internen Gründen untätig geblieben ist. Es sollte auch ausserhalb des Konkursverfahrens den Gläubigern zugestanden werden, die ja in erster Linie an der Erhaltung des Haftungsfonds interessiert sind.

173a) Begr. z. RegE, S. 1o9; IMMENGA, a.a.O., S. 398.

Zusammenfassung des Kapitels 2

Die Untersuchung der Vorschriften des RegE ergibt, dass sie nicht durchweg zufriedenstellend sind. Insbesondere auf dem Gebiet der Sachgründung führen sie zu einer unzumutbaren Belastung der Gründer, obwohl das französische Recht gezeigt hat, dass ein Schutz der Gläubiger durchaus mit einfacheren Mitteln durchführbar ist. Dagegen könnte die Regelung der Begründung verbessert werden, weil sie auf die Teileinzahlung durchaus verzichten könnte, damit den Schutz der Gläubiger verbesserte und auch die Gründer von der Kaduzierung befreite; die Erfahrung des französischen Rechts spricht dafür. Zu begrüssen ist jedoch die Aufgabe der Vorstellungen des RegE über die Höhe des Mindestkapitals und die im ganzen sinnvolle Gestaltung der Kapitalerhaltung.

Das Hauptziel des Gläubigerschutzes, aber auch seine Grenze ist in der Forderung nach der vollen Aufbringung und der ungeschmälerten Erhaltung des Kapitals zu suchen. Die Interessen der Gesellschafter haben also soweit zurückzutreten, wie es Aufbringung und Erhaltung der Zugriffsmasse erfordern. Der RefE wendete dieses Prinzip aber in allzu pauschaler Weise an, er benachteiligte die Gesellschafter auch da, wo ihre Interessen durchaus berücksichtigt werden konnten. Der RegE entspricht besser der Interessenlage, behält jedoch in der Sachgründung das einseitige Schema seines Vorgängers. Genau da aber ist eine Lösung entschieden abzulehnen.

3. Kapitel - Massnahmen zum Gläubigerschutz gegen die Unterkapitalisierung: Das Problem der Gesellschafterdarlehen

Die Notwendigkeit, die beschränkte Haftung der Gesellschafter durch Aufbringung einer Zugriffsmasse zu entschärfen, hat im Ergebnis zu der Entwicklung des oben aufgezeichneten, auch in seiner erleichterten Form wohl lückenlosen Systems des Kapitalschutzes geführt. Der Gläubiger kann mit der Existenz eines Stammkapitals rechnen und darauf zählen, dass dies Kapital auch im weiteren Leben der Gesellschaft nicht ungehindert manipuliert werden kann.

Es hat sich aber schon früh herausgestellt, dass im System des Kapitalschutzes ein Bruch besteht: Die Kapitalschutzregeln gewährleisten zwar die Existenz eines Kapitals. Das Gesetz nimmt aber, bis auf die Festsetzung eines Mindestkapitals, keinen Einfluss auf die Höhe, die im freien Ermessen der Gesellschafter steht.

Eine grosse Anzahl der bestehenden Gesellschaften mbH verfügt nur über das Mindeststammkapital. Andere können nen ein nur wenig höheres Kapital aufweisen. Ein gewisser Anteil dieser Gesellschaften arbeitet aber mit grösseren Mitteln, als die Stammkapitalziffer dies vermuten liesse. Das ist nicht unbedingt zu rügen: Die Praxis des Wirtschaftslebens verlangt keineswege die volle Deckung des finanziellen Bedarfs eines Unternehmens durch Eigenmittel[174]. Jedoch kann das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdmitteln jeglicher Herkunft so aus dem Gleichgewicht geraten, dass eine akute Gefahr für die Gläubiger besteht.

---

174) Vgl. die Untersuchung bei KAMM, Gesellschafterdarlehen, S. 35

Eine kleine Gesellschaft kann ihre Expansion mit Lieferantenkrediten finanzieren; ein Unternehmen kann bei grösserem Risiko auf Kapitalerhöhung verzichten und statt dessen Gesellschafterdarlehen oder Darlehen verbundener Unternehmen aufnehmen; eine Gesellschaft kann ihr Risiko dadurch klein halten, dass sie von Anfang an auf eine ausreichende Kapitalausstattung verzichtet und ihre Mittel anderweitig sucht[175]. In diesen Fällen kann von einer Unterkapitalisierung gesprochen werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine unumstrittene Definition dieses Begriffs nicht besteht[175a]. Die Eigenkapitalausstattung ist in den einzelnen Unternehmensbranchen unterschiedlich, was auch durch die Finanzgerichte anerkannt worden ist[175b]. Auch die Darlehnspraxis der Banken geht von diesen Unterschieden aus. Mangels einer einheitlichen Definition des Begriffes kann also nur gesagt werden, dass ein Unternehmen dann unterkapitalisiert ist, wenn die Eigenmittel so stark von den Fremdmitteln überstiegen werden, dass die Einhaltung eines vernünftigen Rückzahlungsplans akut gefährdet ist[175c].

Eine Unterkapitalisierung bedeutet, dass im Falle des Scheiterns der Gesellschaft die Gläubiger damit zu rechnen haben, dass das Kapital nicht ausreicht, um ihnen Befriedigung zu sichern. Dieser Gefahr können aber nur die Gläubiger entgehen, die über die Gefahr informiert sind, oder die - wie insbesondere Banken - über die Macht verfügen, sich von den Gesellschaftern Sicherheiten bestellen zu lassen.

---

175) Beispiele bei WÜST, Gläubigerschutz, S. 6 f.

175a) Vgl. dazu den betriebswirtschl. Exkurs bei KAMM, Gesellschafterdarlehen, S. 35 ff.

175b) KAMM, a.a.O., S. 4o ff m.N.

175c) KAMM, a.a.O., S. 46; WIEDEMANN, a.a.O., S. 12.

Ein besonders beliebtes Mittel, den notwendigen Einsatz von Eigenmitteln in einer unterkapitalisierten Gesellschaft zu vermeiden, ist die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen. Die Vorzüge einer solchen Finanzierung sind zahlreich: Die Gewährung dieser Mittel ist einfacher und sie belasten die Gesellschaft häufig weniger als Fremdkapital; dadurch ermöglichen sie eine schnelle Hilfe bei Liquiditätskrisen. Zudem sind sie laufzeitmässig meist weniger begrenzt als Mittel, die auf dem Kapitalmarkt beschafft werden müssen. Neben diesen Vorzügen haben die Gesellschafterdarlehen allerdings auch weniger positive Seiten: Ein vorzeitiger Abzug ist einfacher, da die Darlehnsgeber über bessere ("Insider-")-Informationen über die Zukunftsaussichten der Gesellschaft verfügen[175b)]. Kommt es zum Konkurs, so unterliegen die Gesellschafterdarlehen nicht dem Risiko des vollen Verlustes wie das Eigenkapital. Der Gesellschafter-Gläubiger nimmt an der Konkursquote gleichberechtigt mit den Drittgläubigern teil, vermeidet somit teilweise das Risiko des Eigenkapitaleinsatzes und vermindert die Befriedigungschancen der Dritten. Im Ergebnis führt dies dazu, dass Drittgläubiger zumindest teilweise Risiken tragen, die - bei sachgerechter Kapitalausstattung - auf den Gesellschaftern lasten.

Rechtsprechung und Schrifttum haben sich schon seit geraumer Zeit mit der Unterkapitalisierung und vor allem mit ihrem Teilaspekt Gesellschafterdarlehen beschäftigt. Allerdings ist dabei eine beträchtlich Unsicherheit festzustellen. Die Entwürfe haben nun erstmals eine gesetzliche Regelung der Problematik vorgelegt, die der Rechtsunsicherheit ein Ende bereiten soll.

175d) Zum Problem der Insiderinformation vgl. LUCKAN-SCHACHT, a.a.O.

§ 1: Rechtsprechung und Schrifttum im geltenden Recht

Die erstmals in § 47 RefE vorgelegte gesetzliche Regelung der Frage der Gesellschafterdarlehen fusst auf einer schon lange währenden Auseinandersetzung von Gerichten und Autoren mit dem Problem.

I. Gesellschafterdarlehen in der Rechtsprechung

Obwohl die Gerichte die Frage seit den dreissiger Jahren kennen, sind ihre Entscheidungen bis in die jüngste Zeit unsicher und schwankend geblieben.

a) Das Reichsgericht

Die ersten Entscheidungen des Reichsgerichts zur Frage der Gesellschafterdarlehen stammen aus dem Beginn der dreissiger Jahre. Diese Entscheidungen stützten sich aber auf eine schon ältere Rechtsprechung zu der Frage der Begrenzung der Berufung auf die Rechtsperson. Das RG war auf diesem Gebiet zu dem Ergebnis gelangt, dass zwar die Trennung zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern in aller Regel aufrechtzuerhalten sei. Jedoch müsse sie in Ausnahmesituationen durchbrochen werden. Dies sei der Fall, wenn "die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tatsachen" die Massnahme zu dem Zweck verlangten, dass die nach Treu und Glauben geschuldete Leistung auch tatsächlich dem Gläubiger zukomme[176].

Auch die Frage der Gesellschafterdarlehen an unterkapitalisierte Gesellschaften sei, so meinte das RG,

---

176) Vgl. vor allem RG 99, 232; 1o4, 128; 119, 13o; 129, 5o mit ausdrücklichem Hinweis auf § 242 BGB.

ein Anwendungsfall des Haftungsdurchgriffs[177]. Der Gesellschafter, der mittels dieser Finanzierungsmethode einen Grossteil seiner Mittel auf Kosten seiner Gläubiger zu retten suche, handele zudem auch sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB[178]. Im Ergebnis seien in diesen Fällen die Gesellschafterdarlehen als das zu behandeln, was sie in Wirklichkeit unter Berücksichtigung der subjektiven Elemente seien, das heisst als Kapitaleinlagen, und müssten daher im Konkurs zurücktreten[179].

Das Reichsgericht betrachtete also das Gesellschafterdarlehen als eine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der durch die Rechtspersönlichkeit gegebenen Möglichkeit, ein schuldrechtliches Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft zu begründen. Es begnügte sich nicht mit der Feststellung der objektiven Unterkapitalisierung, sondern verlangte zusätzlich subjektive Missbrauchselemente, denen es mittels der §§ 242, 826 BGB begegnete.

b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Nachdem der BGH zu Beginn der subjektiven Missbrauchstheorie des RG gefolgt war, ging er später zu einer objektiven Lehre über. Er lehnte die subjektive Theorie ausdrücklich ab und stellte einzig auf die Konformität der Verwendung der Rechtspersönlichkeit mit dem "Zweck der Rechtsordnung" ab[180]. Allerdings bleibt seine

---

177) Vgl. RG JW 1938, 862; JW 1939, 229; JW 1939, 335; RG 166, 51.

178) RG JW 1938, 862; JW 1939, 355.

179) RG JW 1939, 355 (356); vgl. auch KAMM, a.a.O., S. 65 ff m.N.

180) BGH 3, 316; 10, 205; 15, 27 folgen der Rspr. des RG; BGH 20, 4; 22, 226; NJW 1957, 181 entwickeln die objektive Lehre.

Rechtsprechung nicht ohne Schwankungen, da er vorübergehend wieder zu subjektiven Anhaltspunkten zurückkehrte. Seine letzten Stellungnahmen zu der Frage scheinen dagegen wieder der objektiven Theorie den Vorzug zu geben. Allerdings sind diese Entscheidungen stark umstritten. Auch sind sie in hohen Massen vom Einzelfall geprägt, so dass ihnen ein sicheres Ergebnis nicht oder nur schwer entnommen werden kann[182].

Man kann jedoch im Ergebnis sagen, dass der BGH seine Behandlung der Gesellschafterdarlehen meistens von der alleinigen Feststellung einer Unterkapitalisierung abhängig gemacht hat, die er als rechtsordnungswidrig betrachtet.

II. Die Stellungnahmen im Schrifttum

Den Vertretern einer subjektiven, an der Rechtspersönlichkeit ausgerichteten Missbrauchslehre, treten die Verteidiger der objektiven Theorie entgegen.

a) Die subjektive Lehre

In seiner Darstellung der Durchgriffshaftung, der ersten systematischen Arbeit zu diesem Thema, behandelt SERICK die Fragen der Unterkapitalisierung und der Gesellschafterdarlehen als einen Teilaspekt des Durchgriffs durch die juristische Person[183]. Er folgt damit

---

181) BGH GmbHR 1958, 111.

182) BGH 31, 258; BGH GmbHR 1963, 206; dazu kritisch KAMM, a.a.O., S. 125 ff; zustimmend IMMENGA, a.a.O., S. 406 jew. m.w.N.

183) SERICK, Rechtsform und Realität juristischer Personen; ders., Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen; ihm folgt KAMM, Gesellschafterdarlehen; anders DROBNIG, Haftungsdurchgriff; auch H.P.WESTERMANN, Typengesetzlichkeit, vertritt eine subjektive Lehre, S. 298 ff.

denselben Spuren wie das Reichsgericht. Serick - und ihm folgend KAMM - lehnen es ab, allein aufgrund der Unterkapitalisierung die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft beiseite zu schieben. Er verlangt als zusätzliches Merkmal einen subjektiven Missbrauch der Trennung zwischen juristischer Person und Gesellschafter. Denn da der Gesetzgeber die Beschränkung der Haftung auf die juristische Person ausdrücklich gewollt und angeordnet habe, könne dieser Wille nur dann vernachlässigt werden, wenn ein gegen Treu und Glauben verstossender Missbrauch der Trennung festgestellt sei[184].

Nach dieser Meinung kann sich der Gläubigerschutz in diesen Bereichen nur auf ein Unwerturteil stützen, das einen Durchgriff rechtfertigt. Die Feststellung, dass ein Gesellschafter seine GmbH durch Gesellschafterdarlehen stützt, enthält aber an sich noch kein Unwerturteil. Erst wenn diese Finanzierung einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellt, also etwa eine absichtliche Schädigung, ein bedingter oder unbedingter Vorsatz der Gläubigergefährdung damit verbunden ist, kann durchgegriffen werden[185]. Dabei stützt sich diese Meinung auf § 242 BGB, der allein es ermögliche, durch die trennende juristische Person den wahren Schuldner für die nach Treu und Glauben geschuldete Leistung zu ermitteln, was im Einzelfall § 826 nicht ausschliesst[186]. Dagegen wird die Anwendung des § 826 als System abgelehnt, da es sich hier nicht um Erlangung eines Schadensersatzanspruches, sondern um die Erstreckung der bestehenden Schuld auf den Gesellschafter handelt. Auch sei § 826 zu begrenzt[187].

---

184) SERICK, Rechtsform, S. 24 ff, 2o3 ff; KAMM, a.a.O. S. 135 ff.

185) SERICK, Durchgriffsprobleme, S. 23 ff; eingehend KAMM, a.a.O., S. 137 ff.

186) SERICK, a.a.O.; KAMM, a.a.O., S. 142 ff.

187) KAMM, a.a.O., S. 141 gegen HOFMANN, NJW 1966, 1941, der § 826 für eine ausreichende Lösung hält.

b) Die objektive Missbrauchstheorie

Der wohl grössere Teil des Schrifttums lehnt diese subjektive Meinung ab und will bei der Behandlung der Unterkapitalisierung nur auf objektive Kriterien abstellen[188]. Abgesehen von Versuchen, eine Lösung auf dem Rechtsscheinprinzip[189] oder auf einer Erklärungshaftung aufzubauen[190], steht diese Lehre auf dem Boden der Theorie vom institutionellen Rechtsmissbrauch, auf den sich ihre Vertreter ausdrücklich berufen[191].

Diese Meinung lehnt einen Zusammenhang zwischen Rechtspersönlichkeit und Haftungsbeschränkung zu Recht ab. Die beschränkte Haftung ergibt sich allein aus der Existenz eines haftenden Kapitals. Die Rechtspersönlichkeit wird nicht zur Begründung der Haftungsausdehnung herangezogen. Die These geht vielmehr davon aus, dass die Institution der Haftungsbeschränkung völlig ihren Sinn verliert, wenn eine GmbH mit einem unzureichenden Kapital ausgestattet wird. Die Unterkapitalisierung reisst der Haftungsbeschränkung gleichsam den Boden unter den Füssen fort. Sie muss daher zum Verlust der beschränkten Haftung führen. Diese ist dabei auf das Mass der bestehenden Kapitalausstattung zu reduzieren, die Differenz zwischen erforderlichem und bestehendem Kapital ist durch die persönliche

---

188) Vgl. die Übersicht bei REHBINDER, Konzernaussenrecht, S. 94 ff.

189) HACHENBURG-SCHILLING, Anh. zu § 13 GmbHG, Anm. 4.

190) ERMAN, KTS 1959, 129; zu beiden KAMPRAD, Gesellschafterdarlehen, S. 56 f.

191) RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz; in seinem Gefolge KUHN, Strohmanngründung; IMMENGA, a.a.O., S. 4o2 ff; für Gesellschafterdarlehen auch REHBINDER, a.a.O., S. 119 ff; WIEDEMANN, Haftung, S. 17 ff; WÜST, a.a.O., S. 11; kommen zu denselben Ergebnissen; vgl. auch REINHARDT, Festschr. Lehmann, 576; ERLINGHAGEN, GmbHR 1962, 1969; ablehnend H.P. WESTERMANN, Typengesetzlichkeit, S. 298 ff.

Haftung der Gesellschafter zu decken. Die persönliche Haftung bleibt also beschränkt[192].

Handelt es sich im Einzelfall um eine durch Gesellschafterdarlehen verdeckte Unterkapitalisierung, so will ein Teil der Vertreter der objektiven Lehre auf die Differenzhaftung verzichten und die Darlehen als in voller Höhe kapitalersetzend von der Teilnahme am Konkurs ausschliessen[193].

§ 2: Die Reformvorstellungen des Referentenentwurfs

Die soeben skizzierte objektive These diente auch dem RefE als Grundlage. Zwar entwickelte er keine allgemeinen Vorschriften für die Unterkapitalisierung, worauf auch der RegE verzichtet. Er stellte sich aber in seinem den Gesellschafterdarlehen gewidmeten § 47 durchaus auf den Boden einer objektiven Missbrauchslehre. Dieser Versuch muss nach seiner Aufgabe durch den RegE als gescheitert betrachtet werden. Eine Untersuchung der Unzulänglichkeiten des RefE ist aber nicht ohne Interesse, da seine Schwächen auch die der objektiven Lehre sind. Ausserdem zeigt die Untersuchung auch, dass eine in sich geschlossene Lehre, wie die vom objektiven Institutionenmissbrauch nicht unbedingt in der Praxis anwendbar ist. Gerade der § 47 RefE ist ein Beispiel dafür, dass eine unzureichende Rücksichtnahme auf die Ergebnisse der Rechtstatsachenforschung und die Bedürfnisse der Wirtschaftspraxis den gerechten Ausgleich zwischen den betroffenen Interessen im Gesetz zweifelhaft macht.

---

192) Vgl. statt aller die Darstellung bei IMMENGA, a.a.O., S. 4o4 m.N.

193) So IMMENGA, a.a.O., S. 422 ff.

Eine kurze Darstellung der Vorschrift und ihrer Grundgedanken ist nötig, bevor sie der Kritik unterzogen werden kann.

I. Analyse des Textes und Darstellung der Grundgedanken

Der RefE widmet dem Fragenkreis der Gesellschafterdarlehen zwei Paragraphen. Von ihnen schafft § 47 die Grundlagen und die Bedingungen dafür, dass die betroffenen Darlehen vom Konkurse ausgeschlossen werden können. § 48 befasst sich danach mit den Rechtsfolgen des § 47, insbesondere mit der Konkursanfechtung und mit Umgehungsversuchen. Die Norm ist kaum problematisch und einhellig begrüsst worden[194]. Der RegE hat sie unverändert als § 50 übernommen.

Dagegen ist der § 47 wohl zur umstrittensten Vorschrift der gesamten Reform geworden[195]. Diese Untersuchung befasst sich daher in erster Linie mit ihr, während dem § 48 RefE/50 RegE nur ein kurzer Abriss gewidmet werden soll.

a) Textanalyse[196]

1) Die Grundregel des § 47 Abs. 1

Wenn ein Gesellschafter seiner GmbH ein Darlehen "zu

---

194) IMMENGA, GmbHR 197o, 261; H.P.WESTERMANN, Gläubigerschutz, S. 36 m.N.

195) LUTTER, Probleme, S. 74 ff; KAMPRAD, GmbHR 1969, 1969; LUCKAN-SCHACHT, DB 197o, 1452; SONNENBERGER? NJW 1969, 2o34; H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 29 ff; nun auch GESSLER, BB 1971, 666; zustimmend IMMENGA, a.a.O., S. 422; WINKLER, BB 1969, 12o2.

196) Vgl. auch die Analyse bei KAMPRAD, a.a.O., 17o; Schaubild bei LUCKAN-SCHACHT, a.a.O. 1453.

einem Zeitpunkt, in dem nach der Sachlage eine Zuführung zum Eigenkapital" geboten war, gibt, so soll dieses Darlehn am Vergleichs- oder Konkursverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nicht teilnehmen dürfen.

Der RefE stellt einem Darlehn eines Gesellschafters die Kredite gleich, die von dem Ehegatten eines Gesellschafters, einem seiner minderjährigen Kinder oder einem ihm verbundenen Unternehmen gewährt werden. Handelt ein Dritter für Rechnung eines der Mitglieder des vorstehenden Personenkreises, so ist auch sein Darlehen als Gesellschafterdarlehen zu betrachten (Abs. 6).

Dem Gesellschafterdarlehen gleichgestellt sind weiterhin gestundete Forderungen eines Gesellschafters oder von ihm erworbene Forderungen eines Dritten, falls die Stundung oder der Erwerb im Zeitpunkt einer Unterkapitalisierung gemäss Abs. 1 stattgefunden hat (Abs. 3).

2) Beispiele für kapitalersetzende Darlehen

Die Rechtsfolgen des § 47 Abs. 1 RefE treten automatisch ein, wenn das betroffene Darlehen:

- ohne Vereinbarung einer Kündigungsfrist gewährt wird;
- die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft abwenden oder aufschieben sollte, und der Gesellschafter das wusste oder wissen musste.

Diese Vermutungen sind unwiderleglich.

Die Rechtsfolgen des Abs. 1 können auch eintreten, wenn das betroffene Darlehn:

- mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr gewährt wird;

- stillschweigend für mehr als ein Jahr verlängert wird.

Diese Vermutungen sind widerleglich.

3) Umgehungstatbestände

Eine Sonderregelung besteht für folgende Forderungen von Dritten:

- Darlehen Dritter, für die ein Gesellschafter sich verbürgt oder Sicherheit geleistet hat;
- gestundete Forderungen eines Dritten, die ein anderer Dritter erwirbt, der im Zeitpunkt des Erwerbs von einem Gesellschafter eine Sicherheit oder eine Bürgschaft erhält;
- Darlehen eines Dritten, die dieser gegen Sicherheitsleistung oder Bürgschaft eines Gesellschafters stundet.

Werden die Sicherheitsleistung, der Erwerb oder die Stundung zu einem Zeitpunkt vorgenommen, in dem die Gesellschaft gemäss Abs. 1 unterkapitalisiert war, so kann der betroffene Dritte nur mit dem Betrag am Konkurs der Gesellschaft reilnehmen, mit dem er bei Inanspruchnahme des Gesellschafters ausgefallen ist (Abs. 5).

4) Die Anfechtung von Rechtshandlungen gemäss § 48 RefE

Der § 48 RefE greift dann ein, wenn Darlehen, die gem. § 47 kapitalersetzenden Charakter haben, vor Eröffnung des Konkurses zurückerstattet werden und somit von den in § 47 festgelegten Rechtsfolgen nicht erfasst werden.

Abs. 1 ermöglicht dem Konkursverwalter die Anfechtung der Rückzahlung bzw. der Sicherstellung von Forderungen, die unter die Norm des § 47 Abs. 1 - 3, Abs. 4 Abs. 1,

Abs. 5 und Abs. 6 fallen. Gem. Abs. 2 ist die Anfechtung auf die Darlehen beschränkt, die innerhalb des letzten Jahres vor Eröffnung des Konkurses rückgezahlt oder besichert worden sind.

Abs. 3 bestimmt die Rechtsfolgen des § 47 Abs. 3, indem er die Rückerstattung derjenigen Leistungen anordnet, die innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung an Dritte erbracht worden sind, denen ein Gesellschafter Sicherheit oder Bürgschaft gestellt hat.

b) Ansatzpunkt der Norm

Die Analyse des Textes des § 47 RefE zeigt, dass die zentrale Bestimmung in Abs. 1 zu suchen ist. Die Norm ist immer dann anzuwenden, wenn eine Gesellschaft objektiv eine Kapitalzuführung benötigt. Ein anderes Kriterium besteht nicht. Die Vorschrift beruht mithin auf einer rein objektiven Basis. Eine Rücksichtnahme auf Einzelumstände oder Gründe der Unterkapitalisierung oder auf die Absichten des Darlehnsnehmers ist nicht festzustellen. Die Bestimmung geht offensichtlich davon aus, dass eine Unterkapitalisierung in jedem Fall eine Gefahr für den Gläubiger ist. Jede Zuführung von Mitteln aus dem Gesellschafterkreis auf schuldrechtlicher Grundlage wird als Versuch der Risikoüberwälzung betrachtet. Die wirtschaftlichen Folgen eines Gesellschafterdarlehns an eine unterkapitalisierte GmbH unterscheiden sich jedoch nicht von denen eines Darlehnen eines unbeteiligten Dritten. Die Stellung des Darlehnsgebers als Gesellschafter ist somit ausschlaggebend: Es soll den Gesellschaftern verwehrt werden, Mittel einzusetzen, die nicht ein angemessenes Risiko tragen[197].

---

197) Vgl. H.P.WESTERMANN, Gläubigerschutz, S.34; Erl. z.RefE, S. 184, 185.

Die gesamte Regelung des RefE beruht auf dem Gedanken, dass das Gesellschafterdarlehen in unzulässiger Weise das Risiko überwälzt: Wird der unterkapitalisierten Gesellschaft Kapital in Form von Gesellschafterdarlehen zugeführt, so muss im Interesse der Drittgläubiger den Gesellschaftern die Berufung auf ihre rechtlich zwar einwandfreie, in diesem Fall aber "rein formale"[198] Stellung als Gläubiger versagt werden. Die Finanzierungsart, so wohl der Gedankengang des RefE, verwischt den Unterschied zwischen Eigen- und Fremdkapital und bedroht damit die gerechte Risikoverteilung[199]. Denn da die Eigenkapitaldecke nicht mehr genügt, ihre Ergänzung aber nicht durch Aufstockung der Eigenmittel erfolgt, verstärkt sich das Risiko der Drittgläubiger in unzulässiger Weise. Dadurch, dass sie im Konkurs als gleichberechtigte Gläubiger auftreten, entziehen die Gesellschafter ihre eigenen Mittel dem Risiko, das naturgemäss mit dem Eigenkapitaleinsatz verbunden ist. Der Anteil, den die Drittgläubiger an sich schon am Unternehmensrisiko tragen, wird verstärkt. Die Gesellschafter behalten ihre Gewinnaussichten, "sozialisieren" aber gleichsam ihre Verluste im Konkurs[200]. Der Entwurf wendet sich gegen diese Methoden.

Einen zweiten Grund der Vorschrift darf man darin sehen, dass der Gesellschafter als Darlehnsgeber über einen erheblichen Informationsvorsprung vor allen Aussenstehenden verfügt[201]. Er kann aufgrund seiner Gesellschafterstellung früher und genauer die Gefahren abschätzen, die seinem Darlehen drohen, als dies den

---

198) Erl. z. RefE, S. 185.

199) WIEDEMANN, a.a.O., S. 1o ff.

200) WIEDEMANN, a.a.O., S. 10; IMMENGA, a.a.O., S. 4o2.

201) H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 29; zu einseitig LUCKAN-SCHACHT, a.a.O., S. 1452.

Dritten möglich ist. Dadurch entsteht die Gefahr eines vorzeitigen Abzuges der Darlehen, was nicht ohne Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft bleiben kann. Aus diesem Grunde setzt der Entwurf am Zeitpunkt der Darlehnsgewährung an und sorgt überdies in §48 dafür, dass die abgezogenen Darlehen in die Masse zurückkehren[201a)].

Aufgrund dieser Argumente - von denen das erste nicht ohne Ähnlichkeit mit demjenigen ist, das zur Einführung der Deckungshaftung in der Sachgründung bewogen hat[202)] - soll eine Sonderbehandlung der Gesellschafterdarlehen geschaffen werden. Zwar kann der Entwurf auf die Argumentation keine Gesamtlösung der Unterkapitalisierungsfrage stützen, "da sie sich nur schwer auf den allgemeinen Fall übertragen lassen, für den zudem auch keine rechnerische Basis zu finden sei; jedoch lasse sich bei Gesellschafterdarlehen die Berechnung durchführen"[203)].

II. Kritik an § 47 RefE

Die Kritik an den Vorstellungen des Entwurfs muss sich an drei Punkten orientieren, die darüber entscheiden, ob der Entwurf auf einer soliden Basis steht: Die Wahl eines rein objektiven Kriteriums; die Anpassungsfähigkeit der Vorschrift an die wirtschaftlichen Gegebenheiten; die Folgen der vorgesehenen Umgegungstatbestände.

a) Das objektive Kriterium

Eine erste Schwäche des Entwurfs liegt darin, dass er

201a) Vgl. oben, S. 75.

202) H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 29.

203) Vgl. die Erl. z. RefE, S. 184.

allein die Gesellschafterdarlehen einer gesonderten Regelung unterwerfen will. Er verzichtet bewusst darauf, den Gesellschaftern die Aufbringung eines angemessenen Stammkapitals vorzuschreiben. Dagegen gehen alle Vertreter der auch dem Entwurf zugrunde liegenden objektiven These den umgekehrten Weg. Sie kommen durch das Prinzip der Entsprechung von Haftungsbeschränkung und Kapitalaufbringung zur Verurteilung der Unterkapitalisierung im allgemeinen. Erst auf dieses Basis ziehen sie dann den Schluss, dass die Gesellschafterdarlehen im Falle der Unterkapitalisierung nicht am Konkurs teilnehmen dürfen[204]. Indem er die Prämisse nicht beachtet, die Folgen aber bejaht, verursacht der RefE einen Bruch in seinem Gedankengang, der seine Überzeugungskraft nicht erhöht.

Nun erklärt der Entwurf seine Entscheidung damit, dass eine Gesamtregelung der Unterkapitalisierung an der fehlenden Basis zur Berechnung des angemessenen Kapitals scheitern müsse. Damit verdeckt er aber nur den Bruch und zieht gleichzeitig die Aufmerksamkeit auf den wohl schwächsten Punkt seiner Argumentation und der objektiven Lehre insgesamt. Denn einerseits behauptet er, die Höhe des angemessenen Kapitals sei nicht zu berechnen, weswegen eine Gesamtregelung keine Rechtssicherheit gewährleisten könne. Gleichzeitig behauptet er aber, dass bei der Hingabe von Gesellschafterdarlehen die Berechnung möglich sein müsse. Der Behauptung geht nicht nur die Logik ab, sondern auch die zu ihrem Beweis herangezogenen Behauptungen widerstehen einer Untersuchung nicht.

Der Entwurf beruft sich auf die vom Steuerrecht ent-

---

204) Vgl. den Gedankengang bei IMMENGA, a.a.O., S. 396 ff; wie hier REHBINDER, Probleme, S. 228.

wickelten Maßstäbe[205]. Es ist zuzugeben, dass infolge der Wortgleichheit zwischen § 47 RefE und § 3 KVStG starke Berührungspunkte bestehen und daher ein Blick auf die Rechtsprechung zu letzterer hilfreich sein kann. Dabei ist aber einmal zu berücksichtigen, dass die Zielsetzung der beiden Rechtsgebiete unterschiedlich ist[206]. Auch ist die Rechtsprechnung zu § 3 KVStG nicht einheitlich: Die zur Bestimmung der Unterkapitalisierung herangezogenene Kriterien lassen eine Übereinstimmung nicht erkennen, und führen daher zu dem Schluss, es werde im Ergebnis weitgehend auf den Einzelfall abgestellt[207]. Doch selbst soweit eine Einheit in der Definition angenommen werden konnte, ist diese seit einem stark diskutierten Urteil des BFH nicht mehr gegeben[208]: Die bis dahin häufig herangezogene sog. "goldene Bilanzregel"[208a] - die durch die Betriebswirtschaftslehre schon länger angegriffen worden war[208b] - ist aufgegeben worden. Der BFH will nun neue, individuelle Kriterien angewendet sehen. Damit ist die Berufung auf die im Steuerrecht entwickelten Kriterien nicht mehr zur Verteidigung des RefE heranzuziehen.

Eine Unterstützung des Entwurfs ist auch seitens der Betriebswirtschaftslehre nicht zu erwarten. Einerseits ist der Unterschied von Ansatzpunkt und Ziel dieser Wissenschaft zu den Methoden der Rechtswissenschaft so gross, dass ihre Ergebnisse nur mit Vorsicht integriert

---

205) Erl. z. RefE, S. 186.

206) WIEDEMANN, a.a.O., S. 31; KAMPRAD, Gesellschafterdarlehen, S. 77.

207) KAMM, a.a.O., S. 4o ff m.N.; KAMPRAD, a.a.O., S. 5 ff, lo ff.

208) BFH 98, 59; dazu MESSMER, BB 197o, lo57; HEISE, DM 197o, 146; CONZE, BB 1971, 513.

208a) KAMM, a.a.O., S. 39 f.

208b) KAMM, a.a.O. S. 39 f.m.N.

werden können[2o9)]. Andererseits hat die Betriebswirtschaftslehre bisher keine Kriterien zur normativen Abgrenzung des Begriffs Unterkapitalisierung i.S. des § 47 RefE entwickelt. Ihre Bemühungen um die Entwicklung von Modellen zur optimalen Unternehmensfinanzierung nehmen keine Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechts, sondern stehen unter dem Zeichen der Gewinnerzielung. Darauf haben Vertreter der Betriebswirtschaftslehre ausdrücklich hingewiesen[21O)]. Auf diesen Hinweis sollte geachtet werden.

Mithin ist auch mit Hilfe benachbarter Wissenschaftsgebiete eine ex-ante-Bestimmung des Begriffs Unterkapitalisierung nicht möglich. Es besteht somit die Gefahr, dass die Bestimmung einer Unterkapitalisierung im nachhinein stattfinden muss. Das ist aber vom Entwurf selbst als nicht möglich bezeichnet[211)] worden. Wichtiger noch ist die Bemerkung, dass dadurch eine Unberechenbarkeit der Intervention des § 47 entsteht und somit Rechtsunsicherheit ausgelöst wird: Der Gesellschafter muss immer damit rechnen, dass ihm im Konkurs der Gesellschaft bewiesen wird, dass im Zeitpunkt der Darlehnsgewährung eine Unterkapitalisierung bestanden hat[212]. Bestärkt wird diese Überlegung dann, wenn man einen Blick auf die Vermutungen des § 47 Abs. 2 wirft, aus denen sich die Vorstellungen entnehmen lassen, die der Entwurf von der Unterkapitalisierung hegt.

Diese Auffassung geht aber m.E. zu weit. Die Formulierung des § 47 Abs. 2 läuft darauf hinaus, dass alle

---

2o9) So WÜST, a.a.O., S. 8.

21o) Deutsche Ges. f. BW, DB 1969, 455; LUCKAN-SCHACHT, a.a.O., 145; LUTTER, Probleme, S. 76 m.N.; H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 31 m.N.

211) Erl. z. RefE, S. 184

212) LUTTER, a.a.O., S. 76.

Darlehen, die eine Laufzeit von mehr als einem Jahr haben, verdächtig sind, anstelle einer Eigenkapitalzuführung getreten zu sein. Da ein kapitalersetzendes Darlehen als langfristig betrachtet werden muss, verrät die Norm ein recht unorthodoxes Verständnis des langfristigen Kredits. Die Rechtsprechung zum § 3 KVStG betrachtete dagegen erst Darlehen mit einer Laufzeit von mindestens drei Jahren als kapitalersetzend[213]. Die Vermutungen des Entwurfs betreffen also auch ausgesprochen kurzfristige Darlehen und gehen damit zu weit. Wenn man daneben bedenkt, dass auch alle anderen Darlehen dann unter § 47 fallen, wenn der Gesellschafter um die Unterkapitalisierung wusste, so geht die Vorschrift noch weiter: Denn ein Darlehen, das kurz vor dem Konkurs gegeben wurde, ist zumindest verdächtig, zur Konkursabwendung bestimmt gewesen zu sein[214]. Das Ergebnis dieser Vorschrift wird sein, dass bei der Rechtsunsicherheit, die sie hervorruft, und bei ihrem weiten Umfang die Gesellschafter auf die Darlehnsgewährung verzichten werden. Ob es wünschenswert ist, dieses Ergebnis zu erreichen, ist immerhin fraglich. Denn die Rolle der Gesellschafterdarlehen ist nicht immer so verderblich, wie der Entwurf es annimmt.

b) Die Wertneutralität der Gesellschafterdarlehen

Die Entscheidung des Entwurfs, die Ausschliessung der Gesellschafterdarlehen aus dem Konkurs oder Vergleich allein aufgrund eines objektiven Kriteriums auszusprechen, hindert ihn selbstverständlich daran, auf Gründe und Ziele der Darlehen und die Absichten der

213) Vgl. KAMPRAD, GmbHR 1969, 172 m.N.
214) Eingehend LUTTER, a.a.O., S. 76.

Gesellschafter einzugehen. Die Feststellung der Unterkapitalisierung bedeutet, dass eine Gläubigergefährdung gegeben ist. Dieser Überlegung kann nicht zugestimmt werden.

Erst in jüngster Zeit ist wieder darauf hingewiesen worden, dass ein Gesellschafterdarlehen im Grunde wertneutral ist[215]. Ex ante ist nicht festzustellen, ob das Darlehn eine Gläubigerschädigung zur Folge haben wird oder nicht. Dazu bedürfte es einer Betrachtung des jeweiligen Einzelfalles, den der Entwurf verweigert.

Das Gesellschafterdarlehen ist eine bei allen Formen der GmbH beliebte Finanzierungsart. Rechtstatsächliche Erhebungen haben gezeigt, dass es aber nicht einmal bei den Kleingesellschaften die wichtigste Rolle spielt[216]. Das Gesellschafterdarlehen ist häufig auch eine notwendige Geldquelle bei der GmbH. Gerade das kleine oder mittlere Unternehmen ist an der Erhaltung einer Finanzierungsmethode interessiert, deren Vorzüge auf der Hand liegen: Sie erspart den Weg zu einem Kreditinstitut, dessen Darlehen im allgemeinen mit hohen Kosten und mit Forderungen nach besonderen Sicherheitsleistungen verbunden sind. Es stellt aber nicht unbedingt einen Schaden für die Gläubiger dar, wenn die Gesellschaft eine kostensparende Finanzierungsquelle besitzt.

Eine ähnlich wichtige und gleichfalls nicht immer gläubigergefährdende Rolle spielt das Gesellschafter-

---

215) H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 3o ff mit Beispielen.
216) WINTER, GmbHR 1969, 119; ders.,Probleme, S. 229.

darlehen bei der Überbrückung von Kapitalschwächen und bei Sanierungen. Auch auf diesem Gebiet ist es nicht unbedingt gleichbedeutend mit einer Schädigung der Gläubiger, wenn die Gesellschaft sich an einen ihrer Gesellschafter wendet. Denn gerade wenn es sich um Sanierungen handelt, sind die Bedingungen der Kreditanstalten erfahrungsgemäss besonders hart. Einen Fremdkredit durch ein Gesellschafterdarlehen zu ersetzen, kann also begrüssenswert sein, wenn das Darlehen nicht vorzeitig oder überstürzt abgezogen wird und damit seinen Zweck verfehlt[217].

Die Betriebswirtschaftslehre bringt ein weiteres Argument für die Wertneutralität der Gesellschafterdarlehen vor: Wie durch Berechnungen bewiesen wird, hat die Verwendung der Mittel, die durch die Darlehen aufgebracht worden sind, einen nicht unbeträchtlichen Einfluss auf die Lage der Gläubiger im Vergleich oder Konkurs. Wenn das Darlehen zur Schaffung neuer Werte im Vermögen der Gesellschaft dient, ändert sich die Lage der Gläubiger nicht in jedem Fall. Je nach der Verwendung der Mittel bleibt die Lage dieselbe, oder sie verbessert sich sogar noch[218].

Im Ergebnis hängt die Gefährlichkeit der Gesellschafterdarlehen sehr vom Einzelfall ab. Die Motive bei ihrer Hingabe können eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen. Ihre Wirkung auf die Lage der Gläubiger kann positiv sein. Durch seinen Ansatz untersagt sich aber der Entwurf, auf die einzelnen Gestaltungen Rücksicht zu nehmen. Er bedroht dadurch auch positive

---

217) H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 38; ders., a.a.O., S. 33, und LUCKAN-SCHACHT, a.a.O., S. 1453 wollen einen Abzug bei Scheitern der Sanierung zulassen; wie hier SONNENBERGER, NJW 1969, 2036.

218) LUCKAN-SCHACHT, a.a.O., S. 1454

Wirkungen der Gesellschafterdarlehen, und damit auch im Interesse der Gläubiger zu bejahende Vorgänge.

c) Die Umgehungstatbestände

Im Zusammenhang mit der Untersuchung des objektiven Kriteriums wurde gesagt, dass voraussichtlich mit einem Versiegen der Gesellschafterdarlehen zu rechnen ist. Jedoch wird diese Entwicklung nicht allein auf die Gesellschafterdarlehen begrenzt bleiben. Es steht zu befürchten, dass auch die Fremdkredite nur noch spärlich fliessen werden. Denn das objektive Kriterium gilt ja auch für die Umgehungstatbestände des Abs. 5. Nun ist es bekannt, dass Bürgschaften und Sicherheitsleistungen durch Gesellschafter keine Umgehung einer Bestimmung nach Art des § 47 RefE bezwecken, sondern im Grunde normale Vorbedingungen zur Erlangung eines Kredites durch die GmbH sind[219]. Es ist nun einmal so, dass die GmbH in vielen Fällen nur mit Hilfe ihrer Gesellschafter kreditwürdig ist, was schätzungsweise bei 25 % bis 35 % der erwerbswirtschaftlich tätigen Gesellschaften mbH der Fall sein dürfte[220]. Behandelt man diese Geschäfte als Umgehungsversuche, so zwingt man die Kreditinstitute dazu, sich über die Kapitalausstattung der kreditsuchenden Gesellschaft Gedanken zu machen. Da aber für die Berechnung der Unterkapitalisierung keine genauen Maßstäbe bestehen und Grund für die Vermutung besteht, dass der Entwurf eher extensiv verstanden werden will, so wird im Zweifel das Geschäft nicht zustande kommen[221].

Die Aufrechterhaltung des § 47 RefE würde also auch

---

219) CHETRALE, 3. Stellungnahme, S. 8; KAMPRAD, a.a.O., S. 169.

220) CENTRALE, a.a.O.

221) KAMPRAD, a.a.O.; H.P.WESTERMANN, S. 32.

bedeuten, dass die Erlangung von Drittkrediten praktisch erschwert wird[221a]. Der GmbH wird also einerseits der Weg zum Gesellschafterdarlehen abgeschnitten, andererseits wird sie auch der Kreditwürdigkeit gegenüber Dritten beraubt. Dass unter diesen Bedingungen nur noch die Grossunternehmen in der Form der GmbH überleben könnten, scheint unbestreitbar. Die kleineren Unternehmen werden sich in die GmbH & Co. KG,gegebenenfalls in die Personenhandelsgesellschaften zurückziehen müssen.

Im übrigen sollte in diesem Rahmen auf die etwas merkwürde Vorschrift in § 47 Abs. 6 verwiesen werden, die die Umgehung mittels Darlehen des Ehegatten oder der minderjährigen Kinder eines Gesellschafters betrifft. Die Rechtsprechung des BVerfG zu § 3 KVStG hat deutlich gemacht, dass eine derartige Assimilierung zwischen Gesellschafter und Ehegatten verfassungswidrig ist[222]. Auch der Hinweis auf das minderjährige Kind ist auf erhebliche Bedenken gestossen[223].

Allerdings hat der RegE auf die Kritiken zu diesem Punkt Rücksicht genommen. Er begrenzt nun die Anwendung der Abs. 6 auf die Fälle, in denen die gewährten Mittel aus dem Vermögen des Gesellschafters stammen[224]. Es ist allerdings fraglich, wie hier der Beweis geführt werden soll. Prinzipiell müsste die Beweislast bei dem Konkursverwalter liegen. Dann ist allerdings seine Lage nicht problemlos, da der Beweis nur schwer zu führen sein dürfte.

221a) Man denke an die Anwendung der Norm auf staatsverbürgte Darlehen Dritter, für die ein Gesellschafter Sicherheiten gestellt hat.

222) BVerfG, NJW 1969, 1659; vgl. LUTTER, a.a.O., S. 77; CENTRALE, a.a.O., S. 8.

223) LUTTER, a.a.O., S. 77

224) § 49 Abs. 6 RegE; die Begründung geht über die Frage hinweg.

III. Zusammenfassung

Die Bestimmung des § 47 ist abzulehnen. Sie weist zu viele Schwächen auf und berücksichtigt die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu wenig, als dass sie ihre Ziele erreichen könnte: Statt die Gläubiger vor der Gefährdung durch Gesellschafterdarlehen zu schützen, droht sie,die Finanzierung der GmbH so stark zu gefährden, dass ein Verschwinden der GmbH zu befürchten ist.

Die Bestimmung ist in sich widersprüchlich. Sie beruht auf einer Basis, der die für einen geordneten Rechtsverkehr unabdingbare Voraussetzung der Rechtssicherheit fehlt. Sie nimmt keine Rücksicht auf die Interessen der Gesellschafter an einer Finanzierungsmethode, die in der Vergangenheit ihre Nützlichkeit bewiesen hat. Sie verkennt die gewöhnlichen Kreditbedingungen, mit denen in der GmbH zu rechnen ist. Dadurch aber schützt sie die Gläubiger in unkluger Art, denn das Interesse der Gesellschafter an der günstigen Finanzierung geht in vielen Fällen mit dem Interesse der Gläubiger parallel. Ihr Verfahren bei der Beseitigung der Gläubigergefährdung droht, vielen GmbH die Existenzgrundlage zu entziehen.

Der § 47 RefE ist ein Beispiel für die Gefahren, die der Gläubigerschutz ausserhalb des Kapitalbereichs läuft. Auf die Analogie der Vorschrift zur Deckungshaftung in der Sachgründung wurde schon hingewiesen. Die Analogie ist insofern verfehlt, als die Voraussetzungen nicht mehr dieselben sind. Es wird nicht bestritten, dass die Kapitalaufbringung eine Rücksicht auf Verschulden nicht nehmen kann, daher die Deckungshaftung am Platze ist. Für derartige Argumente ist aber in einem System kein Platz, das auf einen Zwang zur Aufbringung eines angemessenen Kapitals ausdrücklich verzichtet. Wenn man die Freiheit der Kapitalfestsetzung

beibehalten will, kann man die Gesellschafter nicht dazu zwingen, in der Wahl der Finanzierungsmethoden ihre freie Wahl aufzugeben. Bei der Kapitalaufbringung kann der Gesellschafter nicht frei wählen, weil die Erstellung der Zugriffsmasse vordringlich ist. Jenseits des Kapitalbereichs muss auch im System des RefE auf die Interessenlage im Einzelfall Rücksicht genommen werden.

Unter den Kritikern des RefE hat sich die Frage erhoben, warum man nicht wie bisher das Problem der Rechtsprechung überliesse[225]. Das heisst aber, das Unbehagen zu missachten, mit dem die Gerichte mangels einer gesetzlichen Regelung die Frage der Gesellschafterdarlehen behandeln[226]. Eine gesetzliche Grundlage erscheint notwendig.

Da die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen unbestritten Gefahren birgt, eine objektiv ansetzende Lösung aber als nicht gangbar erscheint, ist vorgeschlagen worden, Gesellschafterdarlehen dann vom Konkursverfahren auszuschliessen, wenn sie in einem Zeitpunkt gewährt werden, zu dem die GmbH nicht mehr kreditwürdig ist[227]. Die Kreditwürdigkeit soll an der Bereitschaft Dritter gemessen werden, noch Darlehen ohne besondere Sicherheit zu gewähren. Da aber insbesondere Banken in vielen Fällen von vornherein solche Sicherheiten verlangen (etwa 3o% - 5o% aller GmbH sind in dieser Lage), wird das Problem dadurch nicht gelöst. Denn durch die Bestellung von Sicherheiten wird die Vermutung ausgelöst, die Gesellschaft sei

---

225) LUTTER, a.a.O., S. 75.

226) GESSLER, GmbHR 1966, 1o8 weist auf diesbezügliche Andeutungen in BGH 31, 258 hin.

227) GESSLER, BB 1971, 668.

nicht mehr kreditwürdig, und ein Gesellschafterdarlehen verdecke somit die Konkursreife. Da dieser Lösungsweg also nicht als gangbar erscheint, soll nunmehr der zweite in jüngster Zeit gemachte Vorschlag zur Lösung betrachtet werden, der im Ergebnis als zutreffend bezeichnet werden kann.

WESTERMANN ist der Meinung, dass bei der nötigen Rücksichtnahme auf den Einzelfall keine kasuistische Lösung möglich ist. Er schläft daher eine Generalklausel vor, die es dem Richter ermöglicht, je nach den Gesamtumständen die "guten" von den "bösen" Gesellschafterdarlehen zu unterscheiden. Eine gerechte Interessenbewertung und damit ein sinnvoller Gläubigerschutz sei nur unter diesen Bedingungen zu erreichen[228].

Nun besteht im französischen Recht eine Bestimmung, die ein ähnlich verwickeltes Gebiet regeln soll. Das französische Recht kennt nämlich eine Konkursausfallhaftung, die den Geschäftsführer einer GmbH für die Verluste der Gläubiger verantwortlich macht. Da WESTERMANN auf nähere Ausgestaltung seines Vorschlages verzichtet, soll die französische Bestimmung als Beispiel für eine mögliche deutsche Regelung herangezogen werden.

§ 3: Die Konkursausfallhaftung des französischen Rechts

Ein direkter Vergleich der Bestimmung des RefE mit einer analogen Vorschrift des französischen Rechts ist nicht möglich, da eine solche nicht besteht. Auch ein Vergleich des geltenden Rechts ist nicht möglich,

---

228) H.P.WESTERMANN, a.a.O., S. 35 f.

da das Gesellschafterdarlehen in Frankreich bisher nicht als einer Sonderregelung bedürftig betrachtet wurde. Auch die Reform von 1966 schenkt den Gesellschafterdarlehen keine Aufmerksamkeit, da sie diese Finanzierungsart offensichtlich als normal betrachtet.

Dagegen verfügt das französische Recht seit längerem[229] über Vorschriften zur Konkursausfallhaftung der Geschäftsführer, die zumindest aufgrund der ähnlich komplexen Sachverhalte, die zu regeln sind, für das deutsche Recht als Beispiel herangezogen werden können.

I. Die Freiheit der Gewährung von Gesellschafterdarlehen

Im französischen Redht befassen sich weder die Texte noch die Rechtsprechung noch das Schrifttum mit den Problemen der Gesellschafterdarlehen. Dieses Schweigen erstaunt um so mehr, als das Gesellschafterdarlehen ein auch in Frankreich beliebtes Mittel zur Finanzierung ist. Es ist nicht einmal auf die GmbH begrenzt, sondern man begegnet ihm in allen Gesellschaftsformen. Speziell in der GmbH nimmt es häufig den Platz der im französischen Recht unbekannten Nachschüsse ein (der Nachschuss wird als mit der Volleinzahlung unvereinbar betrachtet[230] und wird daher in vielen Gesellschaftsverträgen ausdrücklich vorgesehen[231]. Dem entspricht auch die nicht seltene Gewohnheit, die gewährten Dar-

---

229) Art. 2 des décrets vom 9.8.1953 - art. 25 Gesetz v. 1925; ursprünglich war die Regelung dem Aktienrecht vorbehalten: art. 1 ff Gesetz v. 16.11.1940; vgl. ROUSSEAU, a.a.O., Nachtrag Nr. 421 bis

230) J Cl S^{tés}, Fasc. 72, Nr. 11 ff.

231) Vgl. den Mustervertrag in Jura Europae, Gesellschaftsrecht I, Anhang zu 30. 31., § 8

lehen im Falle des Konkurses ("liquidation des biens") oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens ("règlement judiciaire"), bei Überbrückung von Kapitalschwächen und bei Kapitalerhöhungen in Einlagen umzuwandeln[232]. Die Bedeutung der Gesellschafterdarlehen geht auch daraus hervor, dass im Zusammenhang mit der Betrachtung ihrer Rolle nicht selten Gedanken über die Neuordnung des Unternehmensrechts laut werden: Die Einbeziehung der Gesellschafterdarlehen in eine gewandelte, sich vom Begriff des Stammkapitals trennende Finanzstruktur des Unternehmens wird gelegentlich erwogen. Denn wie in Deutschland, beginnt man auch in Frankreich hinter der Rechtsform "Gesellschaft" das Unternehmen zu entdecken[233]. Jedoch sind diese Überlegungen noch nicht in ein Stadium eingetreten, in dem sie Einfluss auf das positive Recht nehmen könnten.

Trotz ihrer weiten Verbreitung haben die Gesellschafterdarlehen nicht zu einer der deutschen Diskussion vergleichbaren Kontroverse geführt. Das französische Recht betrachtet die Finanzierungsmethode als Anwendung eines normalen Prinzips: Darlehen eines Gesellschafters an die GmbH sind normale, schuldrechtliche Verträge gem. art. 1892 ffC. civ., denen auch unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Gesellschaftsrechts keine andere Qualifikation beigelegt werden kann[234]. Die Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter lässt nach allgemeiner Überzeugung keine andere Auslegung zu. Daran ändert auch

---

232) Vgl. CHAMPAUD, RTDCom 1967, 788.

233) Vgl. die Überlegungen CHAMPAUDS, a.a.O., S. 79o; ROSENSTOCK, "Le Monde" v. 25.8.197o.

234) St. Rspr., vgl. Besançon 5.7.1962, gaz. Pal. 62, Grenoble 11.1.1966, RTDCom 67, 762.

die Tatsache nichts, dass die GmbH gegebenenfalls unterkapitalisiert ist, da infolge der Freiheit die Wahl der Finanzierungsarten eine Unterkapitalisierung keine besonderen Rechtsfolgen auslösen kann.

Einen direkten Eingriff gegen Gesellschafterdarlehen kann man in einem solchen System nur dann bejahen, wenn die Gewährung gegen den ordre public oder die guten Sitten verstösst. Das ist aber nur selten der Fall[235]. Aber selbst wenn ein solcher Verstoss gegeben sein sollte, kann nur die Nichtigkeit des Darlehnsvertrages angenommen werden[236].

Denkbar ist noch, dass den Gesellschafterdarlehen der Hintergedanke der Gläubigerschädigung unterliegt, was eine Schadensersatzpflicht auslösen könnte. Doch muss eine vorsätzliche Schädigung der Gläubiger gegeben sein oder zumindest ein fehlerhaftes Verhalten des Gesellschafters bewiesen werden ("intention de nuire - faute")[237]. In Anbetracht dessen, dass das Gesellschafterdarlehen ein legitimes Geschäft zwischen zwei unabhängigen Rechtssubjekten darstellt, muss aber der Beweis als sehr schwierig, wenn nicht als unmöglich betrachtet werden.

Allerdings besteht immerhin die Möglichkeit, die vorzeitige Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens rückgängig zu machen. Dafür kann man sich zwar nicht auf die allgemeine Gläubigeranfechtung des art. 1167 C. civ. stützen. Diese verlangt eine vermögensmindernde Verfügung des Schuldners, die in der Absicht vorgenommen wird, die Gläubiger einer Befriedigungsmöglich-

---

235) FESSLER, Gesellschafterdarlehen, S. 48 ff.
236) CARBONNIER, Bd. II, Nr. 116, 39o.
237) Vgl. 1382, 1384 C. civ.

keit zu berauben[238]. Jedoch ist die Vorschrift auf die Rückzahlung ordentlicher Schulden nicht anwendbar[239].

Anwendbar ist dagegen eine Vorschrift des Gesetzes über das Vergleichs- und Konkursverfahren, die eine Anfechtung von vor der Zahlungsunfähigkeit gemachten Zahlungen vorsieht. In art. 29 des Gesetzes ist eine "verdächtige Periode" vorgesehen, die vom Gericht bestimmt wird. Das Gericht kann den Beginn der verdächtigen Periode innerhalb eines Zeitraums von 18 Monaten vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit frei festsetzen. Alle innerhalb dieses Zeitraums gemachten Rückzahlungen von noch nicht fälligen Schulden sind automatisch rückgängig zu machen (art. 29 Abs. 2 Ziffer 3 des Gesetzes vom 13.7.1967[240]). Auch Zahlungen, deren Empfänger von der bevorstehenden Zahlungseinstellung des Gesamtschuldners wussten, sind in die Masse zurückzuzahlen (art. 31 G. v. 1967). Allerdings nehmen die Gläubiger gleichberechtigt an Tabelle und Quote teil.

Im Ergebnis ist also festzustellen, dass die Gewährung von Gesellschafterdarlehen auch an unterkapitalisierte GmbH keine einlagengleiche Behandlung oder Rückstufung im Konkurs zur Folge haben können. Das französische Recht sieht hier keine besondere Lage und ist Versuchen, eine Sonderbehandlung der Gesellschafterdarlehen zu erreichen, immer wieder mit dem Hinweis auf die Rechtmässigkeit dieser Finanzierungsart begegnet[241].

---

238) Civ. 17.7.1945, D 1946, Som. 2; SINAY, RTDCiv. 1948, 183; RADOUANT, Dp 1939, 2. 81; CARBONNIER, a.a.O., Nr. 224.

239) CARBONNIER, a.a.O.; FERID, Bd. I, Rdz. 2 E 1o.

24o) Abgedruckt in C. com. Dalloz, Ausg. 197o/71 S. 256.

241) Vgl. die Entscheidungen in FN 234; CHAMPAUD, a.a.O., S. 79o.

II. Die Regelung der Konkursausfallshaftung

Wenn das französische Recht auch keine dem § 47 RefE entsprechende Regelung kennt, und auch auf der Grundlage allgemeiner Rechtssätze eine Sonderbehandlung des Gesellschafterdarlehens verweigert, so kennt es doch gesetzlich normierte Fälle des Durchgriffs und der Beseitigung der Haftungsbeschränkung.

Der echte Durchgriff ist in art. lol des Gesetzes von 1967 geregelt. Diese Bestimmung erstreckt den Konkurs der Gesellschaft auf einen bestimmten Kreis der Gesellschafter: Es handelt sich dabei um die Fälle, in denen der Gesellschafter oder auch ein Dritter die juristische Person als Fassade benutzt hat. Hauptfälle sind dabei die rein fiktive Gesellschaft, die nur das persönliche Handelsgeschäft eines einzelnen verdecken sollte; die schwerwiegende Vermögensvermischung, die die Unabhängigkeit der Gesellschaft verschwinden lässt; die Herbeiführung des Konkurses durch Verlustgeschäfte, die allein dem persönlichen Vorteil des Betroffenen gedient haben. Die Vorschrift interessiert im vorliegenden Zusammenhang nicht, da sie in ihrer Technik - Erstreckung des Konkurses - und ihren Zielen - Sanktion der persönlichen Ausnutzung der Rechtspersönlichkeit - keine Berührungspunkte mit der Regel des RefE hat[242].

Dagegen besteht eine Beseitung der Haftungsbeschränkung im französischen Recht, die auch für das vorliegende Problem nicht ohne Interesse ist. Gemäss art. 99 des Gesetzes v. 1967 haften die Leiter ("dirigeants") einer Kapitalgesellschaft in gewissen

---

242) Darstellung bei HOUIN, J Cl S^{tés}, Fasc. 19o ff; RODIERE, Bd. II, Nr. 339 ff.

Fällen für die Ausfälle der Gläubiger. Der Text lautet folgendermassen:

"(1) Falls im Verfahren über den Vergleich oder den Konkurs der Gesellschaft ein Überschuss der Passiva über die Aktiva festgestellt wird, so kann das Gericht auf Antrag des Konkursverwalters oder von Amts wegen entscheiden, dass die Schulden der Gesellschaft ganz oder teilweise von allen oder einem Teil der Leiter der Gesellschaft zu tragen sind. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob es sich bei diesen Personen um ordentliche Geschäftsführer[243a)] oder faktische Geschäftsführer handelt, ob ihre Tätigkeit zu Tage lag oder verdeckt war, und ob sie besoldet waren oder nicht. Das Gericht kann die gesamtschuldnerische Haftung anordnen. ...

(2) Um die Haftung zu vermeiden, haben die betroffenen Personen den Beweis zu erbringen, dass sie die Geschäfte der Gesellschaft mit dem erforderlichen Eifer und aller notwendigen Sorgfalt geführt haben."

Es handelt sich also um eine generalklauselartige Verschuldensvermutung, die immer eingreift, wenn die Gläubiger im Konkurs Ausfälle zu erleiden drohen.

a) Voraussetzungen der Haftung

Die Haftungsregel des art. 99 G. v. 1967 hat subsidiären Charakter. Sie greift immer nur dann ein, wenn eine Zahlungseinstellung der Gesellschaft festgestellt und das Vergleichs- oder Konkursverfahren eingeleitet worden ist[243)].

---

243) J Cl. S^{tés}, Fasc. 193 - 3 ^{bis}, Nr. 7; RODIERE, a.a.O., Nr. 336

243a) d.h., um gemäss der Satzung und dem Gesetz bestellte Geschäftsführer.

Eine weitere Voraussetzung ist die Feststellung, dass die Gläubiger Schaden genommen haben. Die Vorschrift des art. 99 beruht auf dem Verschuldensprinzip[244] ("responsabilité pour faute"). Ein Verschulden kann jedoch nur dann zur Haftung führen, wenn Dritte geschädigt worden sind. Dieser Schaden liegt darin, dass die Gläubiger eine Quote von weniger als loo % erhalten. Zwar benützt der Text einen Ausdruck, der anderweitig andere Bedeutung hat ("insuffisance d'actif" bedeutet im Gesetz v. 1967 "mangels Masse"); jedoch hat die Rechtsprechung die enge Auslegung abgelehnt und die Haftung der Geschäftsleitung immer dann angeordnet, wenn die Aktiva die Passiva nicht decken[245]. Die Norm erfasst also praktisch jeden Vergleich und Konkurs.

b) Der betroffene Personenkreis

Die Vorschrift berücksichtigt weder die offizielle Bezeichnung der betroffenen Personen noch ihre offizielle Stellung in der Gesellschaft. Eine nachhaltige Einflussnahme auf die Geschäfte der GmbH genügt.

Dabei unterliegen die ordentlichen Geschäftsführer in jedem Fall und ohne besondere Beweisanforderungen der Haftung, da sie rechtlich für die Leitung der Geschäfte in jedem Fall verantwortlich sind[246]. Wenn dagegen ein Gesellschafter, der nicht Geschäftsführer war, haftbar gemacht werden soll, so ist der Konkursverwalter ("syndic") verpflichtet, seine Teilnahme an der Geschäftsführung zu beweisen[247]. Dieser

---

244) J Cl Stés, a.a.O., Nr. 56 ff.

245) J Cl Stés, a.a.O., Nr. 56 ff; RODIERE, a.a.O.; Com. 17.7.1956, Bull. civ. III, Nr. 217.

246) J Cl Stés, a.a.O., Nr. 15, 25.

247) Com. 4.4.1962, RTDCom 62, 752; J Cl Stés, a.a.O., Nr. 21.

Beweis ist nicht einfach zu führen, da der Übergang von der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters zur Teilnahme an der Geschäftsführung in der kleinen GmbH oft fliessend ist. Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen ist gemäss der Rechtsprechung in der Regel nicht als Einflussnahme auf die Geschäftsführung zu betrachten, im Einzelfall kann sie jedoch als Indiz zu berücksichtigen sein: Ein Gesellschafter hat z.B. einer GmbH ein Darlehen gewährt, um den Anschein der Zahlungsfähigkeit zu erwecken und dadurch einer von ihm beherrschten, mit der GmbH eng verflochtenen AG schwere Verluste zu ersparen. Das Gericht betrachtete diesen Vorgang als schwerwiegende Einflussnahme auf die Geschäftsführung. Der Gesellschafter wurde somit der Haftung unterworfen[249]. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Gesellschafter, der daran interessiert ist, eine Zahlungsunfähigkeit zu verdecken, und der dies durch sein Darlehen auch erreicht - somit also die Konkursreife verdeckt -, einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt.

Wollen die betroffenen Personen der Haftung entgehen, so müssen sie nachweisen, dass sie die Geschäfte ordnungsgemäss geführt haben. Das bedeutet praktisch, dass sie ein fehlerfreies Verhalten zu beweisen haben[25o]. Die Bestimmung ist hart, da der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit von Anfang an gegen die Geschäftsführer spricht, und da der Konkursverwalter fast immer selbst

---

248) Com. 15.4.1959, D 59, 358; Com. 28.6.1967, Bull. civ. III, Nr. 268; zu Gesellschafterdarlehen: Com. 4.4.1962, RTDCom 62, 752; Com. 4.1.1967, RTDCom 67, 859; vgl. auch Com. 15.12.196o, Bull. civ. III, Nr. 389.

249) Requ. 29.4.194o, GAZ. PAL. 4o II. 39; ähnlich Com. 4.4.1962, RTDCom. 62, 752.

25o) BOUREL, RTDCom 196o, 792.

Beweise gegen die Geschäftsführer leifert, obwohl die Beweislast nicht bei ihm liegt. Beispiele für das fehlerhafte Verhalten im Rahmen dieser Norm enthält die überreiche, stark fallbezogene Rechtsprechung. Es ist ihr zu entnehmen, dass hauptsächlich das Auslassen von geschäftlichen Chancen und die falsche Risikoeinschätzung die Haftung rechtfertigen[251].

Die Härte der Vorschrift hat verschiedene Verfasser veranlasst, in ihr eine "peine privée", eine Strafvorschrift für das Scheitern im Geschäftsleben, zu sehen[252]. Die h.M. lehnt diese Auslegung jedoch ab, da eine "peine privée" nur auf einer ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes beruhen kann. Es handelt sich nach richtiger Ansicht also um eine Sonderform der allgemeinen zivilrechtlichen Verschuldungshaftung[253]. Es ist jedoch zu bedauern, dass das neue Gesetz von den Geschäftsführern nun mehr verlangt als das décret v. 1953, das die Sorgfalt eines bezahlten Beauftragten ("mandataire salarié") verlangte. Darunter war zu zu verstehen, dass nur die grobe Fahrlässigkeit ("faute grave") zur Haftung führte[253a]. Dagegen begründet nunmehr schon die geringste Fahrlässigkeit die Haftung. Dies führt zu einer Untersuchung der Umstände jedes einzelnen Falles, was nicht unbedingt der Rechtssicherheit zugute kommen wird. Allerdings geht schon aus dem Wortlaut der neuen Norm hervor, dass die Rechtssicherheit hier hinter den Schutz der Gläubiger zurücktreten musste.

---

251) Z.B. Com. 24.3.1965, Bull. civ. III, Nr. 231; Com. 4.3.1968, Bull. civ. III, Nr. 231; Paris 8.3.1958, D 58, 342; Paris 13.1.1964, RTDCom 1964, 399; Paris 1o.1.1967, JCP 67, 2. 15149.

252) WIEDEMANN, Haftung, S. 52; BOUREL, a.a.O., S. 792; RODIERE, a.a.O., Nr. 337.

253) Im Ergebnis BOUREL, a.a.O., RODIERE, a.a.O.; J Cl Stés a.a. O. Nr. 5 m.w.N.; Entstehung und Dogmatik der Norm bei VEAUX, Responsabilité, Nr. 19o ff.

253a) RODIERE, a.a.O., Nr. 336.

c) Die Rolle des Gerichts

Die Härte des art. 99 G. v. 1967 wird durch die sehr weitgehende Freiheit des Gerichts bei ihrer Anwendung, die schon aus dem Wortlaut der Norm eindeutig hervorgeht, ausgeglichen. Das Gericht kann aufgrund der Lage des Einzelfalls, der eventuell vom Konkursverwalter erbrachten Beweise und der Entlastungsbeweise der betroffenen Personen frei über die Anwendung der Norm entscheiden[253b].

Auch falls die Anwendung der Norm bejaht wird, hat das Gericht die Möglichkeit der Würdigung des Einzelfalls, da es ihm überlassen ist, Höhe und Verteilung der zu tragenden Summen zu bestimmen. Das ermöglicht die Berücksichtigung der Beteiligung des einzelnen am Entstehen der Zahlungsunfähigkeit im Lichte der vorgebrachten Entlastungsbeweise[254]. Zwar ist der völlige Exkulpationsbeweis nur selten möglich, da die Gerichte nunmehr davon ausgehen, dass die Beschuldigten noch sorgfältiger hätten vorgehen müssen, als das geschehen ist. Eine gewisse Erleichterung ist jedoch durch die Freiheit gegeben[255].

III Zusammenfassung

Die Fragen der Ausfallhaftung im Konkurs sind ähnlich kompliziert wie die des Konkursausschlusses der Gesellschafterdarlehen. Eine grosse Anzahl denkbarer Einzelfölle und unterschiedlicher Einflüsse des Handelns der Gesellschafter oder Geschäftsführer machen eine

---

253b) Vgl.zur Rolle des Gerichts im alten Recht BOUREL, a.a.O., S. 784 ff, 8o3 ff; zum G. v. 1967 LE DOUAREC in HAMIAUT, I, S. 71 f; J Cl Stés, a.a.O., Nr. 3o ff m.w.N.

254) J Cl Stés, a.a.O., Nr. 3o; zweifelnd RODIERE, a.a.O., Nr. 337.

255) J Cl Stés, a.a.O., Nr. 32 m.w.N.

kasuistische Lösung praktisch unmöglich. Der Schutz der Gläubiger muss durchgesetzt werden, jedoch muss auch auf die Interessen der Geschäftsführer Rücksicht genommen werden, wobei die Einzelumstände beträchtlichen Einfluss auf die Wertung haben.

Der französische Gesetzgeber hat zur Regelung dieses nicht einfachen Gebietes den Weg einer Haftungsnorm gewählt, die aufgrund ihrer unpräzisen Formulierung, ihrer pauschal gefassten Voraussetzungen und Rechtsfolgen praktisch zu einer Ermessensfreiheit der Gerichte führt, die allerdings dem Sachgebiet angepasst sein dürfte. Die bisherigen Ergebnisse bestätigen dies.

Trotzdem sollte das französische Beispiel nicht ohne weiteres übernommen werden. Art. 99 G. von 1967 legt keinen Wert auf die Vorherbestimmbarkeit seines Eingreifens, was aus der Wahl des Maßstabes für das Verschulden hervorgeht. Praktisch haftet der Geschäftsführer in jedem Fall, in dem eine Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt hat. Auf einen irgendwie objektiven Maßstab wurde verzichtet, denn der Begriff der Sorgfalt, die der Norm innewohnt, findet nirgends eine Vergleichsgrösse. Dadurch ist es unmöglich, dass der Geschäftsführer sich vorab über sein Verhalten klar werden kann. Die alte Regelung, die ihn für die Sorgfalt eines besoldeten Beauftragten haften liess, war insofern besser. Denn die Sorgfalt des besoldeten Beauftragten ist ein fester, typisierter Begriff, ähnlich dem des ordentlichen Kaufmanns oder dem des sorgfältigen Familienvaters, die in ähnlichen Fällen herangezogen werden[256].

Ob die Beweislastumkehr zu bejahen ist, ist gleichfalls zweifelhaft. Sie wird in der französischen Lehre angegriffen[257]. Sie erschwert unzweifelhaft die Lage der

---

256) FERID, Bd. I, Rdz. 2 C 38.

257) RODIERE, a.a.O., Nr. 337.

betroffenen Personen. Jedoch kann sie dann bejaht werden, wenn für das Verhalten des Geschäftsführers ein fester Maßstab geschaffen ist. Denn in dem Fall ist ihm der Gegenbeweis jedenfalls erleichtert. Andererseits ermöglicht sie dem Konkursverwalter, auch dann die Haftung der Geschäftsführer ins Spiel zu bringen, wenn ein Einblick in die inneren Verhältnisse der Gesellschaft nur schwer zu erlangen ist.

Es liegt nahe, bei der Unzulänglichkeit des § 47 RefE diese Vorschrift des französischen Rechts als Beispiel für die Ausfüllung des Vorschlages von WESTERMANN heranzuziehen. Zwar erscheint die Übernahme der Konkursausfallhaftung in das deutsche Recht nicht möglich. Sie entspricht nicht dem System der deutschen GmbH, sondern entspricht eher dem Versuch, die persönliche Haftung in einem Gesellschaftstyp wieder einzuführen, der tatsächlich der Personenhandelsgesellschaft sehr nahesteht[258]. Diese rechtspolitische Begründung der Vorschrift kann aber im deutschen GmbH-Recht, das ja gerade die Universalität der GmbH betont, keine Berücksichtigung finden.

Dagegen scheint eine Übertragung der Technik der Bestimmung auf das Problem der Gesellschafterdarlehen durchaus möglich. Dementsprechend sollte für diese Finanzierungsart eine Verschuldenshaftung eingeführt werden, die bei Missachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bei der Gewährung eines Gesellschafterdarlehens zum Ausschluss der Forderung von der Teilnahme am Konkurs- oder Vergleichsverfahren führt, bzw. die Teilnahme nachrangig nach allen sonstigen Forderungen Dritter gestattet. Eine Umkehrung der Beweislast, die den betroffenen Gesellschafter dazu zwingt, zu beweisen, dass er sorgfältig gehandelt hat, wäre dabei durchaus

---

258) Ähnlich LUTTER, Die GmbH in Belgien, Köln 1966, S. 75 f; ROUSSEAU, Nachtrag Nr. 421 bis (S. 112).

denkbar[259].

Inzwischen hat sich der RegE ebenfalls für eine derartige Lösung entschlossen. Die Regelung der Gesellschafterdarlehen auf einer rein objektiven Grundlage ist demnach endgültig aufgegeben worden.

§ 4: Die Behandlung der Gesellschafterdarlehen im Regierungsentwurf

Die allgemeinen Kritiken an den Vorstellungen des RefE sind offensichtlich nicht ohne Echo geblieben. Bei der Veröffentlichung des RefE im Jahre 1969 hatte der damalige Bundesminister der Justiz um Stellungnahme und Kritik gebeten. Diese ist ihm reichlich zuteil geworden. Der RegE hat nicht immer auf die Stellungnahmen gehört und vor allem auf dem Gebiet der Sachgründung keine Änderung vorgenommen. Soweit jedoch die Gesellschafterdarlehen betroffen sind, ist der Umschwung total. Die grundlegende Konzeption des RefE ist ersatzlos aufgegeben worden, jeder Bezug auf die objektive Lehre ist ersatzlos gestrichen worden. Der neue § 49 RegE (= 47 RefE) ist eine Neuentwicklung, soweit der Ansatzpunkt betroffen ist. Dagegen ist der § 48 RefE, wie erwartet, unverändert in den RegE übernommen worden, in dem er jetzt den § 5o bildet.

Die neue Regelung entspricht der oben in § 3 der vorliegenden Arbeit skizzierten Lösung einer Generalklausel auf Verschuldensbasis. An die Stelle der Anknüpfung an die objektive Unterkapitalisierung ist eine Generalklausel getreten, die die Gesellschafter zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet, und die Gesellschafterdarlehen nur dann aus

---

259) Vgl. H.P. WESTERMANN, a.a.O., S. 36

dem Konkurs ausschliesst, wenn gegen die Pflicht verstossen wurde.

I. Der neue Text im Regierungsentwurf

Die Neufassung des § 49 RegE hat zwar keine Umfangsverminderung der Vorschrift mit sich gebracht, jedoch unterscheidet er sich deutlich von seinem Vorgänger.

An die Stelle der Anknüpfung an den Zeitpunkt, in dem nach der Sachlage eine Zuführung zum Eigenkapital geboten war, tritt nun das Verhalten der Gesellschafter, die bei der Darlehensgewährung sich darüber klar werden müssen, ob in der gleichen Lage ein ordentlicher Kaufmann nicht Eigenkapital zugeführt hätte (§ 49 Abs. 1 Satz 1). Dieser subjektive Ansatzpunkt wird bestätigt durch das im Entwurf angeführte Beispiel für einen Verstoss gegen die Sorgfaltspflicht: Der Gesellschafter handelt nicht als ordentlicher Kaufmann, wenn er ein Darlehen gibt, obwohl er weiss, dass es zur Abwendung oder zum Hinausschieben der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft dienen soll (Abs. 1 Satz 2). Die Verschleierung der Unterkapitalisierung soll also verhindert werden[26o)]. Die misslichen Fiktionen und Vermutungen des § 47 RefE Abs. 2 sind ersatzlos gestrichen worden. Dagegen stellt der RegE klar, dass eine Aufrechnung der Rückzahlungsvorderung gegen Forderungen der Gesellschaft nicht mehr gestattet ist, wenn das Verfahren eröffnet ist (Abs. 1 Satz 3).

Die Vorschriften über gestundete und erworbene gestundete Forderungen bleiben erhalten (Abs. 2). Ebenso wird der Abs. 4 des § 47 RefE in Abs. 3 des RegE übernommen.

26o) Vgl. WESTERMANN, a.a.O., S. 35.

Auch die Umgehungsregeln bezüglich der Darlehen Dritter mit Sicherheitsleistung eines Gesellschafters meint der Entwurf nicht missen zu können. Sie unterliegen aber der Regel des Abs. 1 Satz 1 (Abs. 4).

In Abs. 5 finden sich die Massnahmen gegen Umgehungen mittels eines dem Gesellschafter verbundenen Unternehmens wieder. Dagegen ist in Abs. 6 die Umgehung mittels Darlehen von dem Ehegatten des Gesellschafters oder seinem minderjährigen Kind gegenüber dem RefE geändert worden[261].

III. Beurteilung der Änderungen

Der neue Ausgangspunkt des RegE bedeutet, dass die zum RefE geäusserten Kritiken gegenstandslos werden. Die Vorschrift bedarf einer neuen Beurteilung.

Der RegE verlangt, dass die Gesellschafter bei der Darlehnsgewährung als ordentliche Kaufleute handeln. Das bedeutet, dass sie eine Sorgfaltspflicht trifft, gegen die sie nicht verstossen dürfen, wenn sie mit ihren Darlehen am Vergleich oder Konkurs teilnehmen wollen. Die Vorschrift ordnet also eine Haftung für fehlerhaftes Verhalten an, und tritt dadurch in scharfen Gegensatz zu der objektiven Bestimmung des RefE.

Der Vorschrift ist eine Sonderstellung im Gesellschaftsrecht zuzuweisen. Sie legt den Gesellschaftern die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns auf, obwohl der Teilhaber der GmbH kein Kaufmann ist, und § 347 HGB auf den Darlehensvertrag deshalb nicht anwendbar ist[262]. Auf dem Gebiet der Gesellschafterdarlehen wird der Gesellschafter einer GmbH also dem Geschäftsführer gleichgestellt. Denn bisher hatte gemäss § 43 GmbHG (§ 75 RegE) nur der Geschäftsführer

---

261) Vgl. oben S. 85

262) BAUMBACH-DUDEN, Anm. 3 zu § 345 HGB.

der GmbH bei der Leitung der Geschäfte die "Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes" anzuwenden und dafür einzutreten, also sich als ordentlicher Kaufmann zu verhalten[263]. Mit Inkrafttreten des neuen GmbHG soll dasselbe auch für den Gesellschafter gelten, der seiner GmbH ein Darlehen gewährt.

Der Regelung muss zugestimmt werden. Dem Gesellschafter darf keine volle Freiheit bei der Hingabe von Darlehen gelassen werden. Die besondere Sorgfaltspflicht entspricht den besonderen Umständen der Finanzierungsmethode. In Anbetracht der Gefährlichkeit des Gesellschafterdarlehens für die aussenstehenden Gläubiger kann und muss von dem Darlehensgläubiger verlangt werden, dass er sich über die Folgen seines Handelns im Klaren ist. Sollte dies ihm nicht möglich sein, so muss er anderweitig sachkundige, kaufmännische Beratung einholen. Auf keinen Fall darf er dann ein Darlehen gewähren, wenn er dadurch andere gefährdet.

Die neue Regelung macht den Gesellschafter für Vorsatz und bedingten Vorsatz und für Fahrlässigkeit verantwortlich. Dabei ist selbstverständlich, dass er am Konkurs oder Vergleich dann nicht teilnehmen darf, wenn er gewusst hat, dass eine Kapitalzuführung notwendig war, darauf aber verzichtet hat, um den Konkurs zu verschleppen oder um mit seinen Forderungen am Konkurs teilnehmen zu können und dadurch die Quote der Dritten zu schmälern. Auch wenn er billigend in Kauf genommen hat, dass Dritte zu Schaden kommen, muss er selbst die Folgen tragen. Bedeutsam ist aber vor allem, dass auch die Fahlässigkeit des Gesellschafters bei der Darlehensgewährung zum Ausschluss von der Teilnahme an Konkurs

---

263) BAUMBACH-DUDEN, Anm. 1 E zu § 347 HGB.

oder Vergleich führt. Der Gesellschafter ist zur sorgfältigen Prüfung der Umstände bei einer Gewährung von Darlehen verpflichtet. Grobe und leichte Fahrlässigkeit führen zur Anwendung des § 49 auf die Darlehen. Der Maßstab, der an das Verhalten des Gesellschafters zu legen ist, ist der des Verhaltens eines ordentlichen Kaufmanns in gleicher Lage. Er ist somit schärfer als der des § 276 BGB, was sich aus der besonderen Gefährlichkeit der Gesellschafterdarlehen erklärt.

Im Gegensatz zur Regelung des Art. 99 des französischen Gesetzes von 1967 ist hier die Sorgfaltspflicht eindeutig bestimmt. Zwar wird an das Verhalten eines Kaufmanns ein schärferer Maßstab gelegt als an das eines Nichtkaufmanns. Jedoch ermöglicht die Norm eine weitgehende Rücksichtnahme auf die Umstände der Darlehengewährung. Denn es wird die für die typischen Gefahren und Bedürfnisse des kaufmännischen Unternehmens notwendige Sorgfalt verlangt[264]. Dabei kann nicht nur auf die Rechtsform des Unternehmens - hier also die GmbH - eingegangen werden. Aber auch der Geschäftszweig des betroffenen Unternehmens und seine Grösse müssen berücksichtigt werden[265]. Das ermöglicht, etwa auf besondere Umstände einer besonderen Branche in Kapitalfragen einzugehen - es sei an die saisonbedingten Finanzierungslücken auf dem Bausektor erinnert[266], für die ein Gesellschafterdarlehen eher akzeptiert werden wird. Die Rücksichtnahme auf die Grösse der Gesellschaft gestattet es, die mehr oder minder verbreitete Praxis des Gesellschafterdarlehens zu beachten, aber auch verschieden hohe Anforderungen an die Sorgfalt des Gesellschafters einer kleinen und einer grossen GmbH zu stellen. Im Ergebnis kann also genügend differenziert werden.

---

264) RGRK-HGB v. GODIN, Anm. 9 zu § 347; SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, Rdz. 23 zu § 347 HGB.

265) RGRK-HGB v. GODIN, a.a.O., Anm. 9; RG 163, 2oo (2o8).

266) Vgl. das Beispiel bei WESTERMANN, a.a.O., S. 3o/31.

Dagegen darf zum Beispiel nicht auf Gepflogenheiten eingegangen werden, die auf einer eingerissenen Nachlässigkeit beruhen[267]. In diese Kategorie wäre etwa die Gewohnheit einzureihen, neue Produkte durch eine unterkapitalisierte GmbH mit Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen auf den Markt werfen zu lassen, oder besonders risikoträchtige Unternehmen auf diese Art zu betreiben[268]. Das sind zwar unbestreitbar häufige Fälle, sie sind aber nicht als für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns als typisch zu betrachten. Auch individuelle Unfähigkeit oder Unkenntnis eines Gesellschafters wird kaum entschuldbar sein. Immerhin kann er sich beraten lassen, so dass ihm der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht erspart werden kann.

Im Ergebnis darf die neue Bestimmung als den Erfordernissen der Praxis gerecht bezeichnet werden. Sie ermöglicht dem zuständigen Gericht eine weitgehende Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls. Sie erkennt dadurch die Wertneutralität der Gesellschafterdarlehen an und wird auch den Interessen der Gesellschafter an der Erhaltung der Finanzierungsmethode gerecht. Dagegen schützt sie die Gläubiger ausreichend gegen Missbräuche. Die Rechtssicherheit der Gesellschafter wird dadurch gesichert, dass sich die Regelung in ein schon bestehendes System einfügt. Zwar wird es einige Zeit dauern, bis die Rechtsprechung eine eigene Tradition zu § 49 RegE entwickeln wird. Bis dahin kann der Gesellschafter sich aber schon auf die bisherige Rechtsprechung zu den Gesellschafterdarlehen, sowie auf Rechtsprechung und Schrifttum zu § 276 BGB und § 347 HGB stützten.

---

267) RG 128, 44; RGRK-HGB v. GODIN, a.a.O.

268) Vgl. das Beispiel bei WESTERMANN, a.a.O., S. 3o

Die Neuregelung des RegE zeigt gerade durch den Kontrast zu § 47 RefE, wie schwer es ist, ausserhalb des Bereichs der Kapitalaufbringung und -erhaltung eine sachgerechte Lösung zu finden. § 47 RefE ist gescheitert, weil er die einzelnen Umstände des zu regelnden Gebietes nicht genügend berücksichtigte. § 49 RegE ist zu begrüssen, weil er sich den Erfordernissen der Praxis anpasst.

Durch die Neuordnung der Grundnorm ist auch den Umgehungstatbeständen des Abs. 4 ihre Fragwürdigkeit genommen worden. Die Bankkredite an GmbH werden zwar auch weiterhin nur gegen besondere persönliche Sicherheitsleistung der Gesellschafter gewährt werden. Es kann den Banken aber durchaus zugemutet werden, Überlegungen über die Kapitalausstattung der kreditsuchenden Gesellschaft anzustellen und die Bedrohung ihrer Kredits durch die Norm des § 49 Abs. 1 RefE abzuwägen. Die Möglichkeit, diese Bedrohung vorauszusehen, vermeidet m.E. ein Versiegen der Bankkredite für die GmbH.

Zu begrüssen ist weiterhin, dass der § 26 des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum neuen GmbHG[269] die Regelung des § 49 auch auf die Kommanditistendarlehen und die Darlehen der Gesellschafter der persönlich haftenden GmbH in der GmbH & Co. KG ausdehnt. Dadurch wird der Befürchtung Rechnung getragen, die neue Regelung der Gesellschafterdarlehen werde eine Massenflucht in die GmbH & Co auslösen[27o]. Ob es allerdings genügen wird, durch die Zufügung von fünf Paragraphen zum HGB (§§ 24a, 162a, Abs. 6 zu § 172, 172a, 176a) die Fragen der GmbH & Co lösen zu wollen, ist zweifelhaft. Man darf sich weiterhin fragen, ob nicht doch eine Gesamtregelung des Problems nötig ist[271].

---

269) S. 241 ff. der BR-Drs. 595/71.

27o) WESTERMANN, a.a.O., S. 37; GESSLER, BB 1971, 668.

271) WIETHÖLTER, Probleme, S. 14; LUTTER, Probleme, S. 176 ff; SCHILLING, Rechtspolitische Gedanken zur GmbH & Co. Festgabe Kunze, 189 ff.

Zusammenfassung des Kapitels 3

Die Frage der Gesellschafterdarlehen ist ein gutes Beispiel für die Schwierigkeiten und Gefahren, denen die Bemühungen um den Gläubigerschutz ausserhalb der Kapitalaufbringung und -erhaltung ausgesetzt sind: Die Anstrengungen von Rechtsprechung und Lehre haben zu Rechtsunsicherheiten und unüberwindlicher Spaltung der Meinungen geführt. Der Versuch des RefE, durch Einführung einer Gesetzesvorschrift der Rechtsunsicherheit ein Ende zu bereiten, ist gescheitert: Der Entwurf garantierte zwar durchaus einen weitgehenden Schutz der Gläubiger, erkaufte diesen allerdings durch eine Vernachlässigung der Interessen der Gesellschafter an Rechtssicherheit, weitgehender Freiheit der Finanzierung und Kreditwürdigkeit. Erst der RegE hat eine Interessenabwägung vorgenommen, die - wie das französische Beispiel beweist - zu einer gangbaren und für beide Teile zumutbaren Lösung geführt hat.

Weit mehr noch als im Kapitalbereich muss, so das Ergebnis der Untersuchung der Fragen der Gesellschafterdarlehen, der Begriff des Gläubigerschutzes mit Interessenabwägung gleichgesetzt werden. Wozu ein allzu starres und pauschales Verhältnis zum Gläubigerschutz führen kann, zeigt eindringlich die Untersuchung des § 47 RefE.

Ergebnisse der Arbeit

1. Den beiden untersuchten Reformgesetzen lag neben anderen,das Innenverhältnis betreffenden Überlegungen vor allem die Absicht zugrunde, die Lage des aussenstehenden, ungesicherten Vertrags- und Deliktsgläubigers zu verbessern.
Dazu begnügt sich das französische Gesetz mit verhältnismässig geringfügigen Änderungen, die eine Verbesserung des Gläubigerschutzes zur Folge haben, jedoch das Gesamtbild einer kleinen, personenbezogenen GmbH weitgehend erhalten.

Dagegen ist das Ergebnis der ersten grundlegenden Reform des deutschen GmbHG seit 8o Jahren eine teilweise völlig neue, erheblich geänderte Gestaltung der Teile des Gesetzes, die sich mit Fragen des Gläubigerschutzes befassen, und damit auch des Gesamtbildes der GmbH, die sich der AG annähert.

2. Für diese Unterschiede ist die verschiedene Auffassung von Gläubigerschutz in den beiden Gesetzen verantwortlich. Das französische Gesetz vertritt einen eher pragmatischen, der Rechtswirklichkeit nahestehenden Standpunkt, der je nach der Sachlage unterschiedlich scharfe Massnahmen rechtfertigt und häufig auf konkrete Mißstände zurückzuführen ist.

Dagegen erweckt insbesondere der RegE den Eindruck, ohne grössere Rücksichtnahme auf die Praxis von einem vorgefassten Standpunkt auszugehen und damit die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens hin und wieder zu vernachlässigen.

Der Unterschied zeigt sich in den einzelnen Regelungen im allgemeinen daran, dass das deutsche Recht perfektere, den Gläubigerschutz absolut sichernde Massnahmen trifft.

Das gilt besonders für den Versuch, das Stammkapital zu erhöhen, aber auch in der komplizierten Materie der Einzahlung der Bareinlagen. Das gilt aber auch für die Regelung der Sacheinlagen, in der der RefE und nach ihm auch der RegE zu unhaltbaren Ergebnissen kommt.

3. Der Perfektionismus der deutschen Reform lässt ausser Acht, dass Gläubigerschutz in erster Linie auf einer Bewertung der im Spiele stehenden Interessen beruhen muss. Dabei muss zudem noch auf die unterschiedlich zu ziehenden Grenzen der Bewertungsfreiheit geachtet werden. Im Bereich der Kapitalaufbringung und -erhaltung ist wohl eine höhere Bewertung der Gläubigerinteressen am Platze, da Gläubigerschutz im geltenden System in erster Linie Kapitalschutz bedeutet. Deswegen wurde etwa im Bereich der Sachgründung nicht die Wahl der schärfsten Massnahme - der verschuldensunabhängigen Deckungshaftung - kritisiert. Die Kritik müsste sich aber auf die Einführung eines zusätzlichen Prüfungssystems erstrecken, weil die Haftung allein die völlige Sicherheit der Gläubiger gewährleistete, alle zusätzlichen Regeln also die Gründer übermässig belastete. Dagegen wurde die Kaduzierung abgelehnt, weil sie keine volle Sicherheit der Gläubiger mit sich brachte.

Dagegen bestehen diese Grenzen nicht mehr, sobald das Kapital voll besteht. Dann muss im geltenden System der freien Kapitalfestsetzung und der freien Wahl der Finanzierungsmethoden der Gläubigerschutz auf der Abwägung der Interessen allein beruhen. Aus diesem Grunde wurde das System des RefE zur Behandlung der Gesellschafterdarlehen abgelehnt, weil es sich zu sehr an die Behandlung der Sachgründung anlehnte: Ist das Kapital einmal aufgebracht, kann nicht mehr mit einer

verschuldensunabhängigen Haftung gearbeitet werden. Die Interessen der Gesellschafter an der Finanzierungsart sind zu berücksichtigen, und mangels einer Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung kann nur dann vorgegangen werden, wenn eine absichtliche oder fahrlässige Schädigung der Gläubiger festzustellen ist.

4. Die vorliegende Untersuchung führt also zu dem Schluss, dass der RefE, und teilweise auch noch der RegE, eine falsche Vorstellung vom Gläubigerschutz haben. Er betrachtet ihn offensichtlich als ein feststehendes Prinzip des Gesellschaftsrechts. Diese Vorstellung ist abzulehnen. Der Begriff "Gläubigerschutz" ist keiner vom Einzelfall ablösbaren, festen Definition zugänglich, sondern beruht auf einer den Bedürfnissen der Praxis angepassten Interessenabwägung. Er muss im Einzelfall (Voll- oder Teileinzahlung, Sachgründung, Gesellschafterdarlehen) jeweils neu bestimmt werden. Anderenfalls kommt man zu den Ergebnissen des RefE, die eine fast systematische Überbewertung der Gläubigerinteressen beinhalten.

Lebenslauf

Ich wurde geboren am 13. April 1945 in Haina (Hessen). Nach Besuch der Volksschule und des Gymnasiums in Warendorf(Westfalen)und des Lycées in Lillebonne(Frankreich) legte ich 1964 in Le Havre (Frankreich) das Baccalauréat, Sektion "Philosophie" ab.

Von 1964 bis 1969 studierte ich Rechtswissenschaften und Germanistik an den Universitäten Caen und Rouen. 1969 erwarb ich in Rouen die Licence en Droit und die Licence ès Lettres.

Von 1969 bis 1962 studierte ich Rechtswissenschaften an der Universität Münster/Westf. und war gleichzeitig studentische Hilfskraft am Institut für Berg- und Energierecht.In dieser Zeit wurde auch meine Dissertation verfasst.

Seit 1972 bin ich bei der Westdeutschen Landesbank in Düsseldorf beschäftigt.